

نظرية التأمينات

في

القانون المدني

د/شمس الدين الوكيل



نَظَرِيَّةُ التَّامِيَّةِ وَالْقَانُونُ الْمَلَكِي

دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي ، وحق
الاختصاص ، والرهن الحيازي ، وحقوق الامتياز

الدكتور
شَمْسُ الدِّينِ الْفَوَكِيلُ

الأستاذ المساعد بكلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

الطبعة الثانية

الناشر **المستشار** بالاسكندرية

١٩٥٩

إهداء الطبعة الاولى

إلى من دفع عني التردد ، وجدد في نفسي الأمل ، فأتى
بى فى ميدان التأليف ، أهذى هذا الكتاب .

تقديم الطبعة الأولى

صدر التقنين المدنى الجديد منذ عدة سنوات ، فكان ظهوره بمثابة دعوة للقداى أن يحددوا جهدهم، وللمحدثين أن يتأهبوا لتقديم ما نضج من أفكارهم.

وقد جاء صدى هذه الدعوة قوياً فى أرجاء الجامعة ، فلبى الكثير من رجالها نداء هذا الصوت الجديد . وبذلك استقبلت مصر فجر نهضة فقهية واسعة النطاق ، تصل الماضى بالحاضر ، وتهيء الحاضر للمستقبل .

هكذا استشعرت الواجب الملقى على عاتقى بوصفى من القائمين بتدريس القانون المدنى بكلية الحقوق ، فأقبلت على اعداد هذا الكتاب .

لا أدعى إننى أكملت به نقصاً ، أو سددت فراغاً . ولكنى قانع من تناج ذهنى بالأمانة فى العرض ، فما نسبت لنفسى رأياً كان لغيرى فضل ابتكاره . وما تجنيت على مذهب بغير حجة أو دليل . وهذا فى تقديرى هو الهدف من البحث العلمى . الذى يرضى ضمير الكاتب ، ويعتك الطمأنينة فى نفس القارئ .

بهذه الأسس المقدمة أضع كتابى بين يدى كل مشتغل بالقانون أسأله الرفق بما يصادف من نقص ، وأطمع فى انصافه فيما يلقى من جهد .

شمس الدين الوكيل

تقديم الطبعة الثانية

اليوم أقدم الطبعة الثانية لنظرية التأمينات في القانون المدني بعد مضي ثلاث سنوات على ظهور الطبعة الأولى .

ولأنه مما يسعد الكاتب أن تتيح له الظروف إعادة النظر فيما كتب في الماضي . وذلك أن الفقه بطبيعته ينفر من الجمود وينزع إلى التطور .

ويزيد الكاتب طمأنينة أن يعمل في ميدان نشطت فيه حركة التأليف ، وأثمرت جهود الفقهاء .

وقد كان للرعييل الأول من أساتذتنا فضل السبق في إرساء الأسس والقواعد التي أنارت الطريق للفقه العربي .

ثم تلقى الفقه المعاصر أمانة الماضي ، فاستطاع أن يتم رسالة السلف ، وأن يكفل لها الاستمرار والازدهار .

والآن اتخذ فقه القانون المدني العربي ، الطابع الوطني الخالص ، بعد أن استقل بكيان ذاتي ، دون أن يغفل أثر الفقه الأجنبي أو يمحده فضله .

ولأنه ليشرقي أن أقف بجوار نخبة من الأساتذة والزعماء ، لأداء هذه الرسالة ، والله ولي التوفيق .

شمس الدين الوكيل

التأمينات نظم قانونية قوامها هدف وأداة

عنى التقنين المدنى الجديد فى مواضع متفرقة بتقرير نظم قانونية تؤمن تنفيذ الالتزام وتضمن الوفاء به. دراسة هذه النظم تقتضى التمهيد لها بالنظر الى مركز الدائن فى مواجهة مدينه . ونقطة البداية فى هذا الشأن هى أن غاية كل دائن الحصول على الأداء الذى التزم به المدين ، ويتحقق ذلك بالتنفيذ العيى لاللتزام . بيد أن تلك الغاية الأساسية قد لا يتيسر إدراكها فى كل الأحوال ، وحينئذ ليس على الدائن سوى أن يقنع بأداء بمقابل وهو ما يسمى بالتنفيذ عن طريق التعويض .

الفقه الفرنسي : أوبرى ورو وبارتان الطبعة السادسة - بلائيول وريير الجزء الثاني عشر
والثالث عشر ليكيه الطبعة الثانية ١٩٥٣ - بيدان وليرو بوريجونيير الجزء الثالث عشر والرابع
عشر لفواران الطبعة الثانية ١٩٤٨ - جوسران الجزء الثاني الطبعة الثانية ١٩٣٨ - ريبير وبولانجيه
الجزء الثاني الطبعة الرابعة ١٩٥٢ - كولان وكابيتان وجوليودي لامورانديير الطبعة العاشرة الجزء
الثاني - رينيه ديكرز الموجز في القانون المدني البلجيكي الجزء الثاني ١٩٥٥ - دي باج في شرح
القانون المدني البلجيكي الجزء السابع - انسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني ظهرت تباعا في خمسة
أجزاء من ١٩٥١ إلى ١٩٥٥ .

الفقه المصرى : عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والميئنة الطبعة الثانية ١٩٥٤ -
 سليمان مرقس التأمينات العينية فى التقنين المدنى الجديد ١٩٥١ - شفيق شحاته النظرية العامة للتأمين
 الميئنة الطبعة الثانية ١٩٥٣ - محمد كامل مرسى الحقوق الميئنة التبعية أو التأمينات الميئنة . محمد
 على امام التأمينات الشخصية والميئنة سنة ١٩٥٨ - محمود جمال الدين زكى دروس فى التأمينات الشخصية
 والميئنة القاهرة سنة ١٩٥٧ .

وأيا ما كان نوع التنفيذ فالأصل فيه أن يؤديه المدين طائعاً مختاراً . وهو بهذا المسلك يستجيب إلى عنصر المديونية الذي يتوافر في كل التزام Debitum أو Schuld) ، ويتمثل في واجب ملق على عاتقه يملى عليه الأداء الاختياري . فإذا أحجم المدين عن تنفيذ ما التزم به ، هياً القانون للدائن أن يستعين بالتنفيذ القهري فيجبر مدينه على الأداء . وهو بهذا الإجبار يحرك عنصر المسؤولية في الالتزام (١) Obligatio أو Haftung . وقوامه تمكين الدائن من قهر ارادة المدين العاصية عن الأداء الاختياري ، وهو ما عبرت عنه الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ في التقنين المدني في لفظ موجز « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » .

وسعى الدائن نحو مدينه سواء بقصد الحصول على التنفيذ العيني أو التنفيذ عن طريق التعويض (٢) تحكمه قاعدة أساسية وهي أن أموال المدين جميعها تضمن الوفاء بالتزاماته ، وأن الدائنين جميعاً متساوون قانوناً في سعيهم نحو هذه الأموال . هذه القاعدة التي وردت في نص المادة ٢٣٤ من التقنين المدني ، ويعبر عنها بالضمان العام للدائنين ، تتضمن بعض المخاطر . ولهذا حرص المشرع على تقرير نظم قانونية تحقق ضماناً خاصاً يتحصن به الدائن الذي لا يقنع بالضمان العام .

٢ - المسائل التي نعالجها في هذا الباب التمهيدى :

نما تقدم يتضح لنا أن تأصيل نظرية التأمينات والبصر بحقيقة النظم القانونية التي تتناولها يقتضى نظرة عاجلة على التنفيذ العيني للالتزام ، والتنفيذ عن

(١) راجع في تحليل الالتزام إلى عنصرى المديونية والمسؤولية وتقدير هذا التحليل popa فكرة المديونية والمسؤولية وتطبيقها في القانون الفرنسى الحديث ، رسالة من باريس ١٩٣٥ ص ٢٩٤ فقرة ١٧٣ وما بعدها - اسماعيل غانم دراسة انتقادية لفكرة الذمة المالية ، رسالة إلى كلية الحقوق بباريس ١٩٥١ نشرت بالقاهرة سنة ١٩٥٧ ص ٢٢ فقرة ١٤ .

(٢) أنظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد السهورى الجزء الثانى فى الإثبات وآثار الالتزام ضمن ٩٣٣ وما بعدها - اسماعيل غانم احكام الالتزام فى آثار الالتزام ص ١ ص ١٧٣ وما بعدها .

طريق التعويض ، ثم تحليل قاعدة المساواة بين الدائنين في استيفاء حقوقهم من أموال المدين وبيان ما تتضمنه من مخاطر . حيثند تبرز لنا أهمية النظم القانونية للضمان الخاص أو التأمينات ، وهي تركز كما سنين بالتفصيل على هدف ترمى إليه But ، وأدوات متعددة Techniques يستعان بها على إدراك هذا الهدف (١) .

٣ - التنفيذ العيني للالتزام غاية الدائن الأساسية :

تنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي « يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » .

يستفاد من حكم هذه المادة أن التنفيذ العيني هو الهدف الأساسي في الالتزام . ذلك أن الدائن لا يحصل على إرضاء كامل إلا بقيام المدين بتنفيذ الأداء الذي إلزم به فعلاً ، La prestation due . ومن هنا انصرف جهد المشرع إلى تمكين الدائن من هذا التنفيذ العيني كلما تيسر ذلك . إدراك هذه الغاية لا يتحقق على أتم وجه إلا إذا أقبل المدين على التنفيذ طائعا مختاراً . ولكن الأمر يتعقد حينما يحجم المدين عن التنفيذ الإرادي . هنا يتحرك عنصر الإكراه ، فيستعين الدائن بما هيا له القانون من وسائل ينتصر بها على إرادة المدين الذي عقد العزم على عدم التنفيذ (٢) .

وأول ما تنبغى مراعاته في هذا الشأن أن سلطة الإكراه التي تمثل عنصر المسؤولية في الالتزام لا تحول للدائن أن يستخدم العنف في مواجهة المدين ، ذلك أن المشرع الحديث حرم كقاعدة عامة استخدام جسد المدين كوسيلة للضغط على إرادته وحمله على تنفيذ التزاماته . وبعبارة أخرى أصبح الإكراه

(١) راجع في تفصيل فكرة الهدف والأداة روجيه بيرو «تأثير الأداة على هدف النظم القانونية» باريس ١٩٥٣ - ص ٥ وما بعدها .

(٢) أنظر رسالة جان ديرويه إلى كلية حقوق تولوز الطبيعة القانونية لحق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية باريس ١٩٥٢ ص ٣٣٢ فقرة ٣٣٤ .

البدني ممنوعاً إلا في حدود ضيقة بالنسبة لأنواع خاصة من الديون وردت بشأنها نصوص صريحة (١). ومن هنا اصطنع المشرع أدوات أخرى لاتمس المدين في شخصه من شأنها تمكين الدائن من التنفيذ العيني ، هذه الأدوات تتفاوت في قدرتها على إدراك الهدف منها ، وتباين بحسب اختلاف طبيعة محل الالتزام .

(١) أنظر بصفة خاصة في ظهور نظام الاكراه البدني واضمحلاله بيدان وفواران جزء ١٣ ص ٨ فقرة ٣ وما بعدها . ومن المعلوم أنه في ظل العصر البدائي للقانون الروماني كان جوهر الالتزام يتمثل في ارتباط التزامات المدين بشخصه. ولذا كان المدين المعسر ملكاً لدائنيه يتيسر لهم بيعه والتصرف فيه بوصفه من العبيد . وفي مرحلة تالية من التطور أصبح المدين لا يباع وإنما يسخر لخدمة الدائن ولصالحه حتى ينقضي الدين . ثم ظهر التنفيذ على المال بجوار التنفيذ على الشخص . على أن وجود النظامين مما استلزم خضوع أحدهما للآخر . وغنى عن البيان أن التنفيذ على شخص المدين لا يمثل للدائن مصلحة إلا بالقدر الذي يمكنه من انتزاع ثمرة مالية كانت تتمثل من قبل في ثمن بيع المدين أو مقابل خدماته . على هذا النحو منذ أن زال نظام السجن الخاص ، فأصبح عاماً تتولاه السلطات أفلت المدين من سيطرة دائنه ، وفقد التنفيذ على الشخص المصلحة المالية المباشرة التي كان ينشدها الدائن . على أن توقيع العقوبة العامة على المدين استمر يلعب دوراً جديداً كوسيلة غير مباشرة لجبره على التنفيذ . هذه هي نواة الاكراه البدني الذي اعتنقته التشريعات القديمة ، وحرمت القوانين الحديثة على أساس أن كرامة الإنسان تأتي أن يمس بسوء في جسده إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته التي تتصل بنشاطه المالي . وهذا هو مصلك المشرع المصري الذي حرم الإكراه البدني كقاعدة عامة ولم يقره إلا في حدود ضيقة وردت في غير نصوص التقنين المدني . راجع بشأن الأحوال التي يستعان فيها بالاكراه البدني للتنفيذ م ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تقرر بأنه « إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو الرضاع أو المسكن ، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي بدائلتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمثل ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلاً ، فإنه يخل سبيله . وهذا لا يمنع تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » . هذا الحكم لا زال معمولاً به بعد إلغاء المحاكم الشرعية ، لأنه من الأحكام الموضوعية التي لم يسبها الإلغاء - أنظر نص م ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

أنظر كذلك نصوص المواد ٥١١ ، ٥١٩ من تقنين الإجراءات الجنائية ، وهو يقضي بأنه إذا ترتب على ارتكاب شخص جريمة جنائية أن أصاب الغير ضرر ، فالزم بالتعويض طبقاً للمادة ١٦٣ مدني ، في هذه الحالة إذا ثبت أن المدين بالتعويض قادر على الدفع وأمرته محكمة الجنح باداء المبلغ الذي الزم به ولم يمثل ، جاز لها أن تحكم عليه بالاكراه البدني على ألا تزيد مدة الحبس عن ثلاثة أشهر . راجع الوسيط للنهري الجزء الثاني ص ٨٠٠ وما بعدها ، وأحكام الالتزام لاسماعيل غانم ص ٥٤ وما بعدها .

ذلك أن الالتزام قد يتيسر للدائن أن يجني ثمرته حتى ولو امتنع المدين عن الأداء الاختياري ، وقد يتعذر تحقيق الغاية المرجوة منه إلا إذا ساهم المدين في ذلك بدور إيجابي .

وتتميز الطائفة الأولى بأن تنفيذها العيني ميسور الإدراك رغم أن المدين ممتنع عن القيام به . من ذلك مثلا أن يمتنع مؤجر العقار عن القيام بإصلاحات ضرورية ، فيستأذن المستأجر القضاء في إجرائها على نفقة المؤجر ، بل وله أن ينفرد بذلك في أحوال الاستعجال دفعا لما قد يهدد البناء من أخطار (١) .

ولكن الأمر يختلف بالنسبة إلى الطائفة الثانية من الالتزامات التي لا يتيسر بشأنها التنفيذ العيني إلا بمعاونة إرادية من جانب المدين تتمثل في مباشرته الشخصية للتنفيذ ، وذلك مثلا إذا ما روعي في الالتزام كفاية المدين الفنية . وقد مضت الإشارة إلى أن الدائن في العصر الحديث غير مزود بنظام الإكراه البدني بلخير المدين على التنفيذ العيني . ومن ثم فليس من سبيل أمامه سوى أن يقنع بالتعويض . على أن المشرع قد زوده بنظام قانوني يستعين به قبل الاكتفاء بالتنفيذ بمقابل ، وهو الإكراه المالي أو التهديد المالي (٢) الذي ألقى المشرع بأحكامه في المواد ٢١٣ ، ٢١٤ من التقنين المدني .

يهدف الإكراه المالي إلى حمل المدين على تنفيذ الأداء الملقى على عاتقه . وأداة تحقيق هذا الهدف هي حصول الدائن على حكم يلزم المدين بالتنفيذ العيني ، وبدفع مبالغ معينة من النقود يحكم باستحقاقها في الغالب من الأمر على فترات متلاحقة كلما استمر المدين في امتناعه عن التنفيذ . وللقاضي أن يزيد من قدر هذه المبالغ إذا أصر المدين على رفض التنفيذ . هذه المبالغ تتميز بأن تقديرها جزائي ، وأن الحكم بها تهديدي مؤقت . وهي على هذا النحو ليست من

(١) أنظر في مدى إمكان التنفيذ العيني للالتزام دون معاونة المدين السهري المرجع السابق ص ٧٦٨ إلى ٧٩٩ - اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها .

(٢) أنظر في تفصيل نظام الإكراه المالي أو التهديد المالي *astreintes* كايذر مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٣ ص ٢٠٩ وما بعدها - فريجافيل مجلة الاسبوع القانوني سنة ١٩٥١ - ١ - ٩١٠ ، وائسكلوبيدي دالوز ح ١ لفظ *astreintes*

قبيل التعويضات ، بل هي بالنسبة إلى المدين بمثابة تحذير يستحثه على التنفيذ العيني ، ونذير ينبئه بعاقبة إصراره على الامتناع . وتبرز فائدة الاكراه المالى فى أن القاضى ينظر فيما حكم به من مبالغ على ضوء الموقف النهائى الذى يتخذه المدين . ذلك أنه يوم أن يدعى للحكم بالتعويض ، له أن يبتقى على ما حكم به من مبالغ ، أو يعدل فيها مراعىا فى ذلك بصفة خاصة العنت الذى بدا من المدين وعناده فى الامتناع عن التنفيذ .

هذا هو مجمل نظام الاكراه المالى ، وبعد فهو نظام محمود كثيرا ما يحقق الهدف الذى من أجله تقرر . ولكنه يحقق أيضا فى بعض الأحيان أمام مدين عنيده عقد العزم على عدم التنفيذ . حينئذ ليس على الدائن سوى أن ينصرف عن التنفيذ العينى وأن يقنع بتنفيذ بمقابل أى عن طريق التعويض ، وهو الغاية الاحتياطية لكل دائن .

٤ - التنفيذ على طريق التعويض غاية الدائن الاحتياطية :

مما تقدم اتضح لنا أن الدائن لا يجنى من الالتزام ثمرة كاملة إلا بالتنفيذ العينى . ونضيف إلى ذلك أن هذا التنفيذ يجب أن يتم فى الموعد المحدد له ، إذ أن كل تأخير فيه قد يلحق الخسارة بالدائن .

فإذا لم يتم التنفيذ العينى على وجه الاطلاق ، أو تم فى موعد متأخر ، استحق للدائن التعويض . وهو استحقاق يجزيه عما فاته من إدراك غايته الأساسية فى الوقت المناسب . ومن ثم يتمثل التعويض أو التنفيذ بمقابل فى غاية احتياطية يقنع بها الدائن حيث لا يتيسر له التنفيذ العينى ، أو فى القليل حيث يتحقق بعد الموعد المضروب .

التعويض إذن نوعان ، إما عن عدم التنفيذ وإما عن التأخير فيه . وهو ما عبرت عنه م ٢١٥ بقولها « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد

نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه » .

ويلحق بنطاق التنفيذ بمقابل حالة أخرى أشارت إليها م ٢٠٣ في فقرتها الثانية ، وهي محض تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق ، ومقتضاها أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً (١) .

٥ - التفسير بمقابل لا ينشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين :

الدائن إذ يقنع بغايته الاحتياطية أو يضطر إليها فيقبل من المدين تنفيذاً عن طريق التعويض لا ينشئ بذلك التزاماً جديداً على المدين . فالالتزام في ذاته لم يتغير ، وإنما التغير قد أصاب طريقة التنفيذ ، فبعد أن كان عينياً أصبح بمقابل . وبعبارة أخرى تخلى الدائن عن غايته الأصلية برضائه أو رغم إرادته ، وقنوعه بغايته الاحتياطية لا يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي ، ونشأة التزام آخر على عاتق المدين (٢) .

على هذا النحو إذا كان الالتزام مزوداً بتأمينات تضمن الوفاء به ، فإن هذه التأمينات تظل باقية ، تستمر في أداء دورها في مرحلتى التنفيذ . فهي أولاً تضمن التنفيذ العيني ، وبالتالي تضمن التنفيذ بمقابل أو التعويض (٣) .

(١) يستحق التعويض أيضاً إذا طلبه الدائن دون أن يتمسك بالتنفيذ العيني ، ولم يعرض المدين التنفيذ العيني من جانبه إذ يعتبر ذلك بمثابة اتفاق ضمني على الرضاء بالتنفيذ بمقابل - راجع الوسيط للسهرى جزء ٢ ص ٧٦٢ .

(٢) قارن مازوفى المسئولية ج ١ فقرة ١٠٠ ص ٩٧ وما بعدها . ويرى المؤلفان أن المسئولية التعاقدية لا تتحرك إلا عند الإخلال بالتزام تعاقدى . وحينئذ ينشأ التزام جديد ، هو الالتزام بالتعويض ، وتكون المسئولية العقدية مصدره . على أن حلول الالتزام بالتعويض محل الالتزام الأول لا يعتبر تجديدًا بالمعنى القانوني ، ولذلك تبقى التأمينات ضامنة للوفاء بالالتزام بالتعويض . انظر المرجع السابق ص ١٠٠ هامش ٤ .

قرب السهرى الوسيط ص ٢ فقرة ٦٢٣ ، اكم الخولى «التعويض العيني في القانون الفرنسى والمصرى رسالة إلى كلية الحقوق باريس سنة ١٩٥٤ فقرة ٣٣ وما بعدها .

(٣) أنظر اسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٤١ - راجع أيضاً بلانيوك وريبير وراذوان ص ٧ فقرة ٨٢١ - بيدان ولاجارد ص ٨ فقرة ٤٣٥ .

٦ - فبرصة :

من هذه النظرة العاجلة على تنفيذ الالتزام امتحان لنا أن الدائن يأمل بصفة أساسية في الحصول على التنفيذ العيني للالتزام. ولكن حيث يتعذر ذلك لسبب أو آخر ، على التفصيل المتقدم ، يقنع بتنفيذ بمقابل . وأيا ما كان نوع التنفيذ فالدائن لا يستطيع اتزاعه من شخص المدين ، ذلك أن مسؤولية المدين في العصر الحديث انكشفت في نطاق ما يملك من أموال . ومن ثم أجاز للدائنين السعي إليها لاستيفاء حقوقهم ، وهو ما يعبر عنه بالضمان العام للدائنين .

٧ - الضمان العام للدائنين :

قضت المادة ٢٣٤ من التقنين المدني بأن « أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون » .

نحدثنا هذه المادة عن الضمان العام للدائنين ، وهو نقطة البداية الجوهرية التي على ضوء تفهمها نستطيع تأصيل نظرية التأمينات في القانون المدني . هذا الحكم الذي جاء بالمادة ٢٣٤ يتضمن قاعدة ذات شقين . الشق الأول مقتضاه أن جميع أموال المدين تضمن الوفاء بديونه ، والشق الثاني مؤداه أن جميع الدائنين متساوون في سعيهم نحو هذه الأموال إلا من كان له حق التقدم بنص القانون . فلتأمل إذن في مضمون القاعدة بشقيها .

٨ - جميع أموال المدين تضمنه الوفاء بديونه

معنى ذلك، أن للدائن أن يتخير من أموال المدين المملوكة له وقت التنفيذ ما يروق له ليستوفي حقه من ثمنها مراعيًا في هذا ماورد في قانون المرافعات بشأن الحجز على المنقول والتنفيذ على العقار . أى مال يمتلكه المدين يمكن إذن للدائن أن ينفذ عليه كتقاعد عامة إلا ما استثنى بنص خاص (١)

(١) يستثنى من هذه القاعدة الأموال التي وردت بشأنها نصوص صريحة تمنع الحجز عليها. =

هذه القاعدة التي تقضى بخضوع جميع أموال المدين لسلطان الدائنين ، ويعبر عنها بالضمان العام ، ارتبطت منذ نشأتها بفكرة الذمة المالية في ذاتها والتصوير الذي ينبغي أن يعطى لها (١) .

كان التصوير التقليدي الذي ذاع صيته واستقر في فقه القانون المدني زمنًا غير قصير ينظر إلى الذمة المالية على أنها انعكاس للشخصية في نطاق النشاط المالي . وهي على هذا النحو وثيقة الصلة بها . بل تندمج فيها فتكتسب خصائصها (٢)

على أن هذا التصوير مالم يثبت أن استهدف للنقد من كل جانب ، لما أفضى إليه

من ذلك مثلاً ما جاء في المواد ٤٨٤ وما بعدها من تقنين المرافعات (راجع في الأموال التي لا يجوز حجزها بصفة عامة أستاذنا المغفور له الدكتور محمد حامد فهمي « تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية » الطبعة الثالثة التي أتمها الأستاذ محمد عبد الله ص ١١٧ وما بعدها - أحمد أبو الوفا « إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية » الطبعة الثانية ١٩٥٨ فقرة ١١٨ ص ٢٤٨ وما بعدها) . وما جاء في القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بشأن عدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية في حدود خمسة أفدنة (لنا إلى هذا القانون عودة في دراسة الرهن الحيازي ، أنظر في شروط تطبيقه أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٢٧٣ فقرة ١٣٧ وما بعدها) . يترتب أيضاً على الشرط المانع من التصرف في مال من الأموال عدم قابلية هذا المال للتنفيذ عليه كقاعدة عامة - أنظر عبد المنعم البدر أوى « شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية » الطبعة الثانية ١٩٥٦ ص ٩٢ فقرة ٧٣ - وقارن اسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية القاهرة سنة ١٩٥٨ ص ٦٨ فقرة ٣٤ ، حيث يحدد نطاق عدم القابلية للتنفيذ في حدود الغرض الذي تقرر من أجله المنع من التصرف فقط . وعلى هذا النحو فالمنع من التصرف لا يستتبع حتماً وفي كل الأحوال عدم القابلية للتنفيذ ما دام التنفيذ على المال لا يتعارض مع الغرض من المنع من التصرف . مثال ذلك أن يرد شرط المنع في عقد بيع عقار لم يسدد فيه المشتري الثمن . المنع هنا قصد به أن يتفادى البائع تتبع العقار بمقتضى حق الامتياز تحت يد مشتر جديد . تحقيق هذا الغرض لا يقتضى حرمان دائن المشتري من التنفيذ على العقار ، لأن تسجيل حكم مرسوم المزاد يطهر العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه بما فيها امتياز البائع ، فالبايع على هذا النحو يستوفى حقه من الثمن الذي رسا به المزاد دون أن يضطر إلى مباشرة حق التتبع . انظر أيضاً يودان وفواران - ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٢٩٢ - وفي هذا المعنى حسن كبره الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية الطبعة الأولى سنة ١٩٥٨ ص ٢٧٧ هامش ١

(١) أنظر بصفة خاصة في تحليل ونقد فكرة الذمة المالية رسالة الزميل اسماعيل غانم إلى كلية الحقوق بباريس ١٩٥١ «دراسة انتقادية لفكرة الذمة المالية في القانون الفرنسي والقانون المصري» قرب وقارن حسن كبره المرجع السابق ص ١ فقرة ٥ وما بعدها .

(٢) أنظر أوبري ورو الجزء التاسع فقرة ٥٧٣ وما بعدها - انسكلويدى دالور الجزء الثالث

من نتائج غير مقبولة . ومن ثم اتجه الفقه الحديث في مجموعه إلى الإبقاء على فكرة الذمة المالية في ذاتها ، بعد أن جردها من العيوب التي ترتبت على التصاقها بالشخصية . ويتمثل حرص الفقه في الدفاع عن الذمة المالية في أنها تعين على تفهم بعض الأحكام في القانون المدني . والذي يعنينا بصفة خاصة من هذه الأحكام هو الضمان العام المقرر للدائنين على جميع أموال المدين .

استقر الفقه الحديث على النظر إلى الذمة المالية بوصفها مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات مالية . هذا المجموع يمثل وحدة تصورية ، تفي في ثنائياها العناصر التي تحتويها فتفقد ذاتيتها . وتبقى الذمة المالية كمجموعة مجردة ، تدخل فيها الأموال وتخرج . وتنشأ الالتزامات وتزول ، دون أن تتأثر وحدتها المترابطة المتناسكة . وعلى هذا النحو يتحدد للذمة المالية كيان مستقل تتميز به عما تتضمنه من حقوق والتزامات .

انتصر الفقه لهذا التصوير القائم على الافتراض ، بحجة أنه يفسر الضمان العام للدائنين . فهو الذي يبرر كيف أن المال يذهب ويحيى في ذمة المدين دون أن يكون لهذه التغيرات الطارئة المستمرة أثر على حق الدائنين ، لأن حقوق هؤلاء ، لا تتعلق بمال معين وإنما تنصب على وحدة مجردة هي الذمة المالية .

أول ملاحظة تدبغ الإشارة إليها بشأن هذا التصوير ، هي أن القول بتعلق حقوق الدائنين بالذمة المالية للمدين يتضمن تناقضاً ظاهراً . ذلك أن حقوق الدائنين تمثل في الواقع الجانب السلبي من ذمة المدين . وعلى هذا النحو لا يتصور أن ترد تلك الحقوق على هذا الجانب السلبي (١) .

تفادى التقنين المدني في مصر هذا التناقض المريب ، فجاءت صياغته للضمان العام قاصرة على تعلق حقوق الدائنين بجميع أموال المدين ؛ وهي صياغة

(١) تنبه إلى هذا المأخذ جانب من الفقه الحديث الذي لا يزال محتفظاً بالتصوير المجرد لفكرة الذمة المالية - أنظر في هذا الشأن بودان وفواران جزء ١٣ ص ٣٥ فقرة ١٣ .

ترجم عن اتجاه الفقه الحديث إلى الربط بين الجانب الإيجابي والجانب السلبي في الذمة ، باعتبار أن حقوق الشخص تضمن الوفاء بالتزاماته .

على أن هذه الصياغة الحديثة رغم تخلصها من الخطأ الفنى السابق . لازالت محل نظر في تقدير بعض الفقهاء . فلا زالت المشكلة قائمة . هل يلزم لتفسير الضمان العام للدائنين وعدم تعلق حقوقهم بمال معين أن نبقى على التصوير المجرد للذمة المالية بوصفها وحدة تتميز عما تتضمنه من عناصر ؟

يتجه الفقه المنكر لفائدة هذا التصوير إلى إمكان تفسير الضمان العام بوسائل أخرى تستجيب إلى الواقع وتغنى عن الافتراض . وتتمثل في تحليل الالتزام إلى عنصرى المديونية والمسئولية (١) .

الأصل في كل التزام أن يستجيب المدين إلى عنصر المديونية فينفذ الأداء الملقى على عاتقه . وحق الدائن يتعلق بهذا الأداء ، فان امتنع المدين عن تنفيذه تحرك عنصر المسؤولية . ويتمثل في سلطة الدائن في قهر المدين على تنفيذ ما ألزم به ، أو تقديم مقابل لهذا التنفيذ . ومسئولية المدين هنا مسئولية شخصية غير محددة . ومن ثم تقتصر على ما يمتلك من أموال وقت التنفيذ عليه ، ولا تمتد إلى أى مال تصرف فيه إلى الغير (٢) . على هذا النحو تمثل مسئولية المدين عنصر الإيجابار في الالتزام . ذلك الإيجابار لا يصيب المدين في شخصه ، كما نعلم ، وإنما يوجه نحو ما يمتلك من أموال .

خلاصة القول من هذا الاتجاه الفقهي الحديث أن الضمان العام يترجم عن مسئولية المدين عن الوفاء بالتزاماته ، مسئولية شخصية غير محددة بمال معين . بالذات . وإنما تنصب على كافة الأموال التي يمتلكها المدين وقت التنفيذ عليه .

(١) أنظر في تقديم هذا رأى اسماعيل غانم الرسالة التي سبقت الإشارة إليها ص ٢٩ فقرة ١٧ . وقارن حسن كبير . المرجع السابق ص ٢٦ .

(٢) إلا إذا توافرت شروط الدعوى البوليصية وطقن الدائن بعدم نفاذ التصرف . أنظر ما سيأتى في دراسة مخاطر الضمان العام .

ولعل أخص ما يميز هذا الاتجاه هو أنه محاولة موفقة لتخليص القانون المدني من تصوير افتراضى . ذلك أن مثل هذه الافتراضات كثيراً ما يذيع صيتها ، فتكتسب طابعاً من القدسية ، يجعل من العسير بعد ذلك التخلص من بعض النتائج الفاسدة التى تفضى إليها .

هذا هو الشق الأول من القاعدة التى تضمنتها المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى . وقد عنينا بشأنه أن نكشف عن اتجاهات الفقه من إطلاق هذا الضمان وتعميمه على كافة أموال المدين (١) .

على أن هذا التعميم إذ ينصرف إلى جميع أموال المدين فهو يتناول أيضاً جميع الدائنين على قدم المساواة إلا من كان له أفضلية بنص القانون .

٩ - جميع الدائنين متساوون فى سعيهم نحو أموال المدين إلا من

تمنع بأفضلية بنص القانون :

هذا هو الشق الثانى من القاعدة التى وردت فى المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى . وهو يعبر عن مبدأ من المبادئ الأساسية التى تحكم قواعد القانون المدنى ، وقوامه المساواة بين الدائنين فى سعيهم نحو أموال المدين إلا إذا تقرر لأحدهم أفضلية بنص القانون . هكذا قدر المشرع المصرى أن العدالة تملئ توزيع الخسائر على قدم المساواة . وعلى هذا النحو حكم بأن الدائنين يقتسمون أموال مدينهم قسمة غرماء ، أى كل بحسب قيمة دينه .

وإذا كان تخصيص جميع أموال المدين لإرضاء مجموع الدائنين على قدم

(١) تمت محاولات فقهية أخرى نكتفى بالإشارة العاجلة إليها تنجبه إلى أن الضمان العام حق ذو طبيعة متغيرة ، يختلف بحسب طبيعة المال الذى ينفذ عليه الدائن ، وحق المدين على هذا المال . فاذا ورد التنفيذ على شيء مالى للمدين كان حق الدائن على هذا المال حقاً عينياً . وإن كان التنفيذ عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير من حقوق شخصية ، فحق الدائن هنا ذو طبيعة شخصية . وهكذا يتلون حق الدائن مستمداً طبيعته من حق المدين على المال محل التنفيذ . أنظر فى تفصيل هذا رأى جان ديرويه رسالة من تولوز ١٩٥٢ فى طبيعة حق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والشخصية ص ٣٨٥ فقرة ٣٣٩ وما بعدها .

المساواة هي القاعدة العادلة السليمة التي استجاب اليها المشرع المصري . فقد يبدو لأول وهلة أنها ليست من مسلمات الفكر القانوني .

فقد يتبادر إلى الذهن مثلاً أنه يمكن وضع قاعدة تفضيل بين دائن وآخر حسب تاريخ نشوء حق كل دائن . وقد يتصور أن الدائن السابق يفضل الدائن اللاحق بالنسبة للأموال التي وجدت لدى مدينه يوم أن تعامل معه . وقد يفترض العكس فيقال أن الدائن اللاحق يتمتع بأفضلية على من سبقه فيما يتعلق بالأموال التي اكتسبها مدينه بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين .

كل هذه الحلول الافتراضية واجبة الرفض لأسباب متعددة . ذلك أن المساواة بين الدائنين تسندها في الواقع أسس تاريخية ، وقانونية ، واقتصادية .

١ - الأساس التاريخي : لا نستطيع الجزم بأن هذا الأساس التاريخي لعب دوراً فعالاً في تقرير قاعدة المساواة بين الدائنين ، ولكنه في القليل يصلح سنداً يمثل تحقيق هذه المساواة في المراحل الأولية لتطور نظرية الالتزام . جاءت نواة هذه المساواة من الطريقة التي كانت متبعة في التنفيذ على أموال المدين . فالقانون الروماني القديم كان يجهل التنفيذ المباشر ، ولم يربط حقوق الدائنين بأموال مدينهم . بل كانت تصفى هذه الأموال ، ويظهر مدين جديد Bonorum emptor هو الذي يلتزم في مواجهة الدائنين بسداد نسب معينة من ديونهم . وكانت علاقة هذا المدين الوسيط تتحدد بالنسبة إلى جميع الدائنين في لحظة واحدة ، على نحو لم يجعل من المتصور أن يدعى أى دائن الأسبقية في استيفاء حقه على دائن آخر . هذه القاعدة المتصلة بإجراءات التنفيذ ، يتجه جانب من الفقه إلى القول بأنها هي السند التاريخي البعيد لمبدأ المساواة بين الدائنين . على أن السند الذي لا يقبل الشك هو الذي يقوم على أساس قانوني .

٢ - الأساس القانوني : يتجه الفقه الغالب : في سبيل تأصيل مبدأ المساواة بين الدائنين ، إلى الاستعانة بالتصوير الافتراضي لفكرة الذمة المالية . فحق الدائن العادي لا يتعلق بمال معين بالذات . بل ينصب على وحدة مجردة بصرف

النظر عما تحتويه من عناصر . فإذا تراحم عدة دائنين ، فلا يتمتع أحدهم بحق أقوى من الآخر . لأنهم جميعاً ارتبطت حقوقهم بوحدة تصويرية لا ينظر إلى ما تتضمنه من أموال ، ومن هنا كانت المساواة هي القاعدة التي ينبغي أن تحكم تراحمهم .

على أن هذا التبرير قد أثرنا من قبل أن نتفاداه ، بوصفه يستند إلى افتراض لا يطابق الواقع . ولذلك نميل إلى الالتجاء إلى تفسير قانوني آخر للمساواة ، قوامه الاستعانة بالفكرة متقدمة الذكر التي تنظر إلى عنصرى المديونية والمسئولية في كل التزام .

فالمدين إذ يلتزم في مواجهة عدة دائنين ، تلحقه صفة المديونية في مواجهتهم جميعاً بطريقة متماثلة . وهو إذ يمتنع عن أداء ما التزم به لا يستطيع الدائن أن يمسّه في شخصه ، بل يتحرك عنصر المسؤولية الذي يتوافر في الالتزام . هذه المسؤولية تنصب على أموال المدين ، وهي كما قدمنا مسئولية شخصية غير محددة تمثل عنصر الإلزام في الالتزام . هذا الإلزام لا يصيب المدين في شخصه ولكن يرد على أمواله . ومن هنا إذا تحرك عدة دائنين لقهر المدين على التنفيذ في وقت واحد ، واتجه سعيهم نحو مال معين ، فلا يتصور ، والمسئولية شخصية غير محددة ، أن يكون هذا السعي محكوماً سوى بمبدأ المساواة بين هؤلاء الدائنين .

لا يستطيع الدائن أن يدعى الأسبقية في نشوء حقه ، لأن المسؤولية التي تسند هذا الحق غير محددة لم ترتبط بمال معين من أموال المدين . فكل حق يتفرز لدائن في مواجهة المدين لا يختلف عن حق أى دائن آخر . الجميع أمام المدين دائنون ، وهو إذ يتعامل معهم ينظر إليهم جميعاً نظرة واحدة لا تفرقة بينهم ، قوامها أنه يلتزم نحو كل منهم بأداء معين ، وضمانها أنه مسئول في مواجهتهم مسئولية شخصية غير محددة بمال معين (١) .

(١) أنظر ما تقدم في نقد فكرة الزمة المالية وتأيد هذا النقد فقرة ٨ .

هكذا تتكشف قاعدة المساواة بين الدائنين فتبدو واجبة التقرير . وتقضى باقصاء الرأى الذى يرمى إلى وضع أفضلية مطلقة تستند إلى تقديم حق الدائن الأسبق فى التاريخ . إذ فضلاء عن فساد هذا الرأى من ناحية فنية ترتد إلى طبيعة حق الدائنية فى ذاته ، فهو يستلزم وجود تاريخ يقينى محدد لحق كل دائن . ولا يتوافر ذلك إلا بنظام علانية لشهر حقوق الدائنين ، وهو أمر بعيد المنال متعذر التحقيق .

٣ - الأساس الاقتصادى : أخيراً ينبغى أن ندعم هذا الأساس القانونى للمساواة ، بسند اقتصادى يتعلق بفكرة الائتمان . ذلك أن المساواة كقاعدة عامة تدعم ائتمان المدين . إذ أن الدائن يقبل على التعامل وهو فى القليل يطمئن إلى قدر متيقن . فهو يعلم أنه خاضع للمساواة فى الغم والغرم مع سائر الدائنين . أما إذا أطلقت القاعدة التى تمنح أفضلية للدائن السابق ، فإن ذلك يؤدى إلى إغراء المدين باستنفاد ائتمانه على نحو يصرف عنه كافة الدائنين الذين قد يتعاملون معه فى المستقبل . لذلك قضى القانون بقاعدة المساواة ليضمن للدائن على الأقل أن حظه فى الحصول على حقه لا يقل عن حظ الآخرين (١)

على أن المشرع إذ قرر المساواة على النحو المتقدم ، لم يأخذ بها على إطلاقها . وقد راعى فى ذلك أن الاسراف فيها يضر بالمدين . ولهذا فتح ثغرة تنفذ منها الأفضلية التى يمكن أن تكون لدائن على آخر ، ولكنها أفضلية لا تتقرر إلا بنصوص القانون ، وذلك إذا لم يقنع الدائن بالضمان العام نظراً لما قد يتضمن من مخاطر .

١٠ - مخاطر الضمان العام :

على ضوء ما تقدم ، لنا الآن أن نتساءل ، هل يبعث الضمان العام الثقة فى نفس الدائن فيحثه على التعامل مع المدين . وبعبارة أخرى هل يكفل الضمان

(١) راجع فى هذا الأساس التاريخى والقانونى والاقتصادى لقاعدة المساواة رسالة فاسير

باريس ١٩٤٩ المساواة بين الدائنين العاديين فى نظام الإفلاس ص ١١ وما بعدها .

العام للدائن أن يستوفي حقه كاملاً من مدينه دون أن يتعرض للأخطار ؟
التأمل في أحكام الضمان العام يكشف عن عيوب لا تجعل الدائن في مأمن
من الأخطار .

١ - العيب الأول أساسه أن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ، فإذا
كان المدين موسراً بأن كانت أمواله تكفي للوفاء بديونه ، لا يلحق الدائن أى
ضرر . وإنما يتجلى الخطر في حالة اعسار المدين .

فإذا كان إعساره كاملاً أى أن المدين لا يمتلك شيئاً ، فليس أمام الدائن
سوى أن يأمل في يسار مقبل . أما إذا كان إعساره جزئياً فهنا تلعب قاعدة
المساواة بين الدائنين دورها فيقتسمون أموال مدينهم قسمة غرماء .

على أنه إذا تركت الحرية مطلقة لكل دائن في السعى نحو أموال المدين
المعسر ، لترتب على ذلك أن يظفر بالغنم من يبادر بالتنفيذ قبل غيره . على
هذا النحو يتحقق الفوز للدائن اليقظ الذي يتربص بأموال مدينه فينفذ عليها
حينما يستشعر الحرج المالى الذي أحاط به . ولو ترك أمر المدين المتعثر دون
تنظيم قانوني يحكم مركزه ، لأفضى ذلك إلى تراحم غير عادل بين الدائنين
وإهدار المساواة فيما بينهم . ذلك المبدأ الذي حرص المشرع الحديث على وضعه
في مكان مرموق يفصح عن نظرته إليه كأساس من أسس القانون المدني .

تنبه التقنين المدني الجديد إلى هذا الخطر ، فوضع تنظيمًا قانونيًا لنظام الإعسار
المدني (١) في المواد ٢٤٩ إلى ٢٦٤ .

وقد حرص المشرع بصفة خاصة في هذا التنظيم الجديد أن يحمي الدائن من
مدین يسعى إلى إثارة بعض الدائنين على الآخرين ، وعلى هذا النحو يمكن
القول بأن الإعسار المدني نظام قانوني يكفل تطبيقاً صادقاً مأموناً لقاعدة المساواة

(١) أنظر رسالة محسن شفيق إلى كلية الحقوق بباريس ١٩٣٧ النظم المختلفة في الافلاس المدني-
السنهوري الوسيط الجزء الثاني ص ١١٩٨ وما بعدها - اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٤١
وما بعدها .

بين الدائنين في سعيهم نحو أموال المدين . وبعبارة أخرى يفوت على المدين الفرصة في إثارة دائن على آخر بوفاء يؤديه في الفترة الذي أصبح فيها معسراً . ويعتبر المدين معسراً إذا كانت أمواله لا تكفي للوفاء بديونه مستحقة الأداء . والقاضي يشهر الاعسار بعد تقدير كافة الظروف المحيطة بالمدين .

ويترتب على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار أنه لا يسرى في حق الدائنين أي وفاء يقوم به مؤثراً بذلك دائناً على آخر . كما لا يسرى في حقهم أيضاً أي تصرف يكون من شأنه إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته . والحكمة من كل ذلك ظاهرة . فالمدين يحتاز فترة ريبة ، حيث أنه مقبل على الحكم بشهر إعساره . وقد قطعت فعلاً مرحلة أساسية في هذا السبيل وذلك برفع الدعوى عليه وتسجيل صحيفةها .

على أنه مما تنبغي الإشارة إليه في هذا الصدد ، أن شهر الإعسار لا يحرم الدائن من اتخاذ إجراء فردي للتنفيذ على أموال مدينه . وهو فارق جوهري بين الاعسار المدني والإفلاس التجاري . ذلك أن الإفلاس نظام جماعي يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس . ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك . هذا الوكيل هو الوسيط بين التاجر المفلس ودائنه ، ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعي المنفرد .

لم يتطرق المشرع بشأن الاعسار المدني إلى هذا الحد . بل اكتفى فقط بأن جعل منه نظاماً قانونياً يكفل إعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق الحكم بشهر الاعسار . هذا الإعلان قلل المشرع أنه كفيل بتنبيه الدائن إلى الخطر الذي يهدد حقه ، فان تكاسل رغم ذلك في المطالبة بحقه فعليه بقع وزر تكاسله .

هذا هو مجمل الإعسار المدني ، وأياً ما كان الأمر فهو لا يدفع عن الدائن خطر قاعدة المساواة . بل هو يهدف فقط إلى أن يكفل لها تطبيقاً صادقاً بحرمان المدين من إثارة دائن على آخر بوفاء يؤديه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

ذلك أن للدائنين الآخرين أن يشار كوا الدائن الذى استوفى حقه فيما حصل عليه .

هكذا يتبين لنا أن الحماية التى استحدثها التقنين المدينى بتنظيم قانونى لإعسار المدين ، وإن كانت تضمن المساواة بين الدائنين ، إلا أنها لا تكفل له أن يحصل على حقه كاملاً. وهذا هو موطن الخطر فى قاعدة المساواة حينما يلحق المدين الإعسار .

٢ - العيب الثانى الذى يؤخذ على الضمان العام هو أنه لا يرفع يد المدين عن التصرف فى أمواله أو الزيادة فى التزاماته . وبعد فهذه نتيجة منطقية لفكرة الضمان العام كما فسرناها من قبل (١) . وذلك أن الضمان العام من شأنه ألا يربط حق الدائن العادى بمال معين بالذات ، ومن شأنه أيضاً ألا يزود هذا الدائن بأية رقابة قانونية يستطيع فرضها على المدين فيمنعه من التعامل مع دائن جديد . والحكمة من ذلك كما قدمنا أن حق الدائن ، إذ يستعين بعنصر الإلزام فى الالتزام لفهر المدين على التنفيذ، يتمثل فى مسئولية شخصيه غير محددة تقع على أموال المدين . هذه المسئولية لا تتحدد ، ولا تتجسم إلا من وقت مباشرة إجراءات التنفيذ . وهو لا يرد إلا على ما يجده الدائن لدى المدين من أموال .

من هنا أطلقت الحرية للمدين فى التصرف فى أمواله ، وفى عقد ديون جديدة . وهو بذلك قد يضعف الضمان العام إما بانقاص ماله من أموال أو إضافة دائنين آخرين يشاركون السابقين فى التنفيذ على ما تبقى لديه من مال .

وبعبارة أخرى فالدائن المزود بحق الضمان العام لا يستطيع أن يراقب تصرفات مدينه القانونية . وبعد فالقول بغير ذلك يعطل النشاط القانونى لكل إنسان . إذ يكفى أن يكون الشخص مديناً بدين معين ، ليتخذ الدائن من هذا الدين سلاحاً يسلطه على حياة المدين القانونية يتوعد به كلما هم بأجراء تصرف جديد .

على أن المشرع لم يترك مصير الدائن رهن إرادة مدين مهمل يقصر في استيفاء حقوقه على نحو يضر بمصالح الدائنين . أو مدين غير أمين يعتمد على غش من شأنه إفلات بعض أمواله من سيطرة دائنيه . ولذلك عني بتقرير عدة أنظمة قانونية تكفل المحافظة على الضمان العام .

جاءت بعض هذه الأنظمة في قانون المرافعات وذلك بالنسبة لأموال المدين المنقولة ، وهي بطبيعتها من الميسور إخفائها وإبعادها عن متناول الدائنين . ولهذا نظم تقنين المرافعات ما يسمى بالحجز التحفظي على المنقول . هذا الحجز لا يعتبر تنفيذا مباشراً على المال ، ولكنه وضع للمال تحت يد القضاء بحيث لا يجوز التصرف فيه توطئة للتنفيذ عليه . على أنه مما ينبغي مراعاته في هذا الشأن أنه لا يجوز للدائن أن يوقع حجزاً تحفظياً على أموال مدينه إلا في الحالات الخاصة المنصوص عليها ، وبشرط اتباع القواعد والإجراءات المقررة في القانون (١).

يتمثل أيضاً تدخل الدائن في حياة المدين القانونية فيما ورد في نص المادة

(١) راجع استاذنا المغفور له محمد حامد فهمي تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية الطبعة الثالثة التي أممها الأستاذ محمد عبد الله محمد ص ٤٧٥ فقرة ٤٩١ حيث يذهب أيضاً إلى أنه لا يجوز للمدين أن يمنح دائنه الحجز التحفظي في غير الأحوال المبينة في القانون .

وقد وردت هذه الأحوال في المادة ٦٠١ مرافعات وتنص على أن للدائن أن يوقع الحجز على منقولات مدينه في الأحوال الآتية : ١ - إذا لم يكن للمدين موطن مستقر في مصر ٢ - إذا خشي الدائن فرار مدينه وكان لذلك أسباب جديه ٣ - إذا كانت تأمينات الدين مهددة بالضياح ٤ - إذا كان الدائن حاملاً لكبيالة أو سند تحت الاذن وكان المدين تاجراً له توقيع على الكبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة ٥ - إذا كان المدين تاجراً وقامت أسباب جديه يتوقع معها تهريب أمواله أو إخفائها . ونصت م ٦٠٢ على أن « لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر له في القانون المدنى ويجوز له ذلك أيضاً إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة مالم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوماً » . (لنا عودة مفصلة إلى حكم هذه المادة في دراسة امتياز مؤجر العقار) . كذلك يحق للدائن حجز ما للمدين لدى الغير بغير سند تنفيذي ودون أن يكون حقه معين المقدار وذلك كاجراء تحفظي بتصد حبس المال المحجوز لدى الغير ومنعه من الوفاء به للمدين تمهيداً للتنفيذ عليه (أنظر محمد حامد فهمي المرجع السابق فقرة ٢٢٦ - احمد أبو الوفا اجراءات التنفيذ ص ٤٤٠ هامش ١ ، فقرة ٢٠٢ وما بعدها وبصفة خاصة فقرة ٢٠٩ .

٨٤٢ من التقنين المدني التي تجيز لدائن الشريك على الشيوع أن يتدخل في إجراءات قسمة الأموال الشائعة أو بيعها بالمراد . والقصد من هذا التدخل هو تمكين الدائن من دفع أى غبن يقع على المدين ، وحمايته من تواطؤ المدين مع الشركاء إضراراً به (١) .

على أن أهم النظم القانونية للمحافظة على الضمان العام هي تلك التي وردت في التقنين المدني في المواد ٢٣٥ وما بعدها ، بعد أن فرغ المشرع من صياغة القاعدة التي قرر فيها أن أموال المدين جميعها تضمن الوفاء بديونه ، وأن هذا الضمان يتساوى فيه الدائنون إلا من تمتع بأفضلية بنص القانون . هذه النظم ترد إلى ثلاث . الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات ، وأخيراً دعوى الصورية .

١ - الدعوى غير المباشرة : أجاز القانون للدائن بمقتضى نظام الدعوى غير المباشرة أن ينوب عن مدينه نيابة قانونية في مباشرة حقوقه التي أهمل في مباشرتها . هذه الدعوى إذا ما توافرت شروطها على النحو المبين في المواد ٢٣٥ ، ٢٣٦ من التقنين المدني يترتب عليها بطبيعة الحال إنعاش الضمان العام . ولكن ، ولهذا الملاحظة أهميتها ، الثمرة التي يجنيها الدائن من استعمال حقوق مدينه لا يستأثر بها وحده . بل يخضع فيها لقاعدة المساواة متقدمة الذكر . وبعد فنحن بصدد نظام قانوني لا ينتج أثره إلا في حالة إعسار المدين ، أو زيادة إعساره ، أى بعد وقوع المحذور . ذلك أن الدائن لا يستطيع استعمال حقوق المدين ، إلا إذا كان إهمال المدين في استعمال هذه الحقوق من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار .

تدخل الدائن إذن في حياة المدين القانونية عن طريقه استعمال حقوقه التي أهمل في استيفائها لدى الغير ، لا يحقق للدائن نفعاً خاصاً . ذلك أن كل فائدة

(١) أنظر عبد المنعم البدر اوى شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية ص ١٨٩ فقرة

تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع الدائنين (٢٣٦ من التقنين المدني) .

٢ - الدعوى البوليصية : هذا نظام قانوني أبعد أثراً في التدخل في النشاط القانوني للمدين . وهو ما يسمى بدعوى عدم نفاذ التصرفات . ولكنها بدورها لا يحق للدائن أن يستعين بها إلا إذا كان المدين معسراً أو كان التصرف الذي يجريه يترتب عليه إعساره .

على أننا إذا أمعنا النظر استبان لنا أن الدائن تنتفي مصلحته في متابعة أموال مدينه أو فرض رقابة على تصرفاته مادام ما تبقى له من أموال كان كافياً لسداد ديونه . ولكن الأمر يختلف إذا ما تعادلت حقوق المدين مع التزاماته ، بحيث أن كل تصرف جديد يعقده يخرج به مالا من الضمان العام ، أو كل دين جديد يلتزم به يضر بصالح الدائنين . هنا ، ومنذ هذه النقرة الحرجة . نجد أن من صالح الدائن مراقبة المدين في نشاطه القانوني . وقد كفل المشرع له ذلك بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات التي وردت أحكامها في المواد ٢٣٧ وما بعدها من التقنين المدني .

وتتمثل الدعوى البوليصية في حماية قررها القانون للدائن العادي يحصنه بها من غش المدين الذي يضعف من الضمان العام بتصرفاته (١) . على أن هذه الحماية لا تحقق هي الأخرى للدائن ضماناً كاملاً .

ذلك أننا بصدد نظام قانوني لا يجوز أيضاً للدائن أن يستعين به إلا بعد إعسار المدين أو زيادة إعساره . وهو على هذا النحو يحقق حماية متأخرة ، تهدف إلى انقاذ ما تبقى للمدين من أموال . وبعد فالدعوى البوليصية ، شأنها شأن الدعوى غير المباشرة لا تخول للدائن الاستئثار بثمرة عدم نفاذ التصرف وحده ، بل يشاركه في ذلك جميع الدائنين . وهو ما عبرت عنه

(١) أنظر جان ديرويه الرسالة التي سبقت الإشارة إليها في التفرقة بين الحقوق العينية والشخصية ص ٣٩٠ فقرة ٣٤٤ وفيها يرى المؤلف أن الدعوى البوليصية تترجم عن حق الدائن العادي في تتبع أموال المدين تحت يد الغير والتنفيذ عليها .

المادة ٢٤٠ من التقنين المدني بقولها « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف لإضراراً بهم » .

وكاننا بهذا النظام القانوني لم نكفل للدائن الافلات من قاعدة المساواة التي تحكم السعى نحو أموال المدين .

٣ - دعوى الصورية : أخيراً أجاز المشرع للدائن أن يهدم بكافة طرق الاثبات الأوضاع الظاهرة التي يصطنعها المدين ، ويكون من شأنها إيهام الغير بخروج بعض الأموال من ذمته كذبا . هكذا خول القانون للدائن أن يثبت صورية تصرفات مدينه وذلك بدعوى اعلان الصورية (٢٤٤ مدني) . والدائن هنا ، وخلافاً للنظامين السابقين ، يستطيع اعلان الصورية بصرف النظر عن اعسار مدينه لأنه يقرر فقط حقيقة معينة ، وذلك باثبات أن تصرف مدينه كاذب . على أن الدائن في الغالب من الأمر لا يلجأ إلى اعلان الصورية ، إلا إذا كانت مصلحته في ذلك واضحة ، وهذه لا تتحقق إلا إذا كان المدين معسراً (١) .

وقد عالج المشرع الفرض العملي الذي يثير التعارض بين مصالح الدائنين . فقد يكون من مصاحبة بعض الدائنين التسك بالتصرف الصوري الظاهر ، وذلك كدائن المشتري بعقد صوري . بينما يكون من صالح آخرين الكشف عن الحقيقة المستترة ، وذلك كدائن البائع بتصرف صوري . وقد حكم القانون بنص صريح (المادة ٢٤٥ مدني) في شأن هذا التعارض ، فأثر من يستند إلى الظاهر . ولعل الحكمة في ذلك هي حماية الثقة المشروعة في الارادة البينة المعلنه ، حتى ولو كانت مخالفة للارادة الحقيقية المستترة ، ذلك أن هذه الارادة المعلنه هي وحدها التي كان في وسع الغير أن يتعرف عليها (٢) .

وبعد فالذي يعيننا من أمر تدخل الدائن في الكشف عن الأوضاع الكاذبة

(١) أنظر اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٢٠ . السهموري الوسيط جزء ٢ ص ١١١٩ .

(٢) راجع في تفصيل نظرية الارادة البينة التي يمكن التعرف عليها = *volonte reconnaissable*

التي يصطنعها المدين : أو الاستناد إلى الوضع الظاهر ، هو أن الدائن هنا أيضاً لا يحقق نفعاً خاصاً يستأثر به وحده . بل يحق لزملائه أن يشاركوه في كل ثمرة على قدم المساواة .

مما تقدم استبان لنا أن كافة النظم القانونية التي رسمها المشرع للدائن ، لا تجاوز في هدفها فكرة المحافظة على الضمان العام . وهي بالتالي لا تكفل للدائن الافلات من قاعدة المساواة مع غيره من الدائنين ، وبصفة خاصة لا تؤمنه خطر اعسار المدين .

خطر هذا الاعسار ، ونخشية الدائن من عدم استيفاء حقه كاملاً مادام أنه محكوم بقاعدة المساواة ، اقتضى من المشرع أن يقرر نظاماً قانونية متعددة. وترى هذه النظم إلى أن تجعل الدائن في مركز يفضل به زملاءه على نحو يؤمنه خطر اعسار مدينه ونخصوه لقاعدة المساواة . هكذا يتكشف لنا هدف التأمينات ، ذلك الهدف تتكفل بتحقيقه نظم قانونية متعددة الادوات . وبعد فكل نظام قانوني يضعه القانون المدني يستند إلى هدف وأداة .

١١ - النظام القانوني قوامه هدف وأداة (١) :-

النظام القانوني institution juridique في نظر الفقه الحديث هو كل ارادة من جانب المشرع أو الأفراد ترمى إلى تحقيق هدف معين But

على أن الارادة الكامنة في النفس تقصر عن تحقيق أى أثر قانوني . ومن ثم وجب اعلان هذه الارادة وإظهارها لتحقيق ما تهدف إليه . هذا الاعلان لا بد وأن يصدر بطبيعة الحال في شكل معين . ذلك أن الارادة إذ تتجه إلى

== شمس الدين الوكيل أداة تحقيق الالتزام الارادي في القانون المصري - رسالة دكتوراه إلى كلية الحقوق بباريس ١٩٥٢ - وأنظر بشأن الصورية ص ١٧٦ وما بعدها .^٣

(١) أنظر في تحليل هذه الفكرة وعرضها رسالة روجيه بيرو تأثير الاداة على هدف النظم القانونية بباريس ١٩٥٣ ، بصفة خاصة الفقرات رقم ٣ وما بعدها .

تحقيق هدف أو غاية معينة تستعين بوسيلة خارجية تتجسم فيها وهذا ما نعبر عنه بالاداة .

فالاداة Technique هي الوسيلة التي يستخدمها المشرع أو الافراد لإدراك ما تهدف إليه الارادة : هذه الاداة يجب أن تتضمن من الأحكام ما يجعلها صالحة لتحقيق الهدف . ومن ثم تتجلى القدرة القانونية في تخير الاداة التي تصلح لإدراك الغاية المنشودة . أداة لا تتجاوز في أحكامها الهدف وإلا خانت الارادة فيما ترمى اليه . ولا تقصر أيضا عن تحقيق الهدف ، وإلا كانت عاجزة عن تلبية ما تصبوا اليه هذه الارادة .

على هذا النحو يمكن الحكم على كل نظام قانوني . فاذا ما كانت الاداة ملائمة للهدف محققة له ، يكتب للنظام القانوني النجاح حينما يتاح له التطبيق في العمل . على ضوء هذه الملاحظة الأساسية نحدد هدف التأمينات ، ونقدم الادوات التي يستعان بها على ادراك هذا الهدف .

١٢ - هدف التأمينات

مما تقدم نستطيع أن نقرر بأن التأمينات تهدف إلى تحصين الدائن ضد خطر عدم تنفيذ الالتزام ، وخضوعه لقاعدة المساواة بين الدائنين في حالة اعسار مدينه .

على هذا النحو يتحدد هدف التأمينات . فهي ترمى إلى بعث الطمأنينة في نفس الدائن الذي لا يقنع بالضمان العام ، ويخشى مخاطره . هذا الضمان العام كما قدمنا يعبر عن مسئولية شخصية غير محددة للمدين ، ومن ثم أطلقت حريته في التصرف في أمواله ، وفي عقد ما يشاء من الديون . فاذا اصاب باعسار ، تعرضت حقوق الدائنين للخطر . ومركز الدائن الغادي ينمضي حتما ، بتطبيق قاعدة المساواة ، إلى عدم حصوله ، على حقه كاملا .

هنا تظهر أهمية التأمينات ، وتبرز فكرة الضمانات الخاصة التي تضع الدائن في مركز يفضل به زملاءه ، على نحو يكفل له استيفاء حقه كاملا .

هذا الهدف التي ترمى التأمينات بمختلف أدواتها إلى ادراكه . يبعث الثقة في نفس الدائن الذي يرتاب من حالة مديته المالية . ومن هنا تظهر الصلة وثيقة بين التأمينات والائتمان .

١٣ - الصلة الوثيقة التي تربط التأمينات بالائتمان (١) :

الائتمان بمعناه اللغوي والاقتصادي يعبر تعبيراً صادقاً عن الثقة . فالمدين الذي يحصل على ائتمان ، هو مدين يوحى بالثقة ، وبالتالي فهو في مركز يحول له اكتساب آجال للوفاء بديونه .

فمن يجد من يقرضه مبلغاً من النقود على أن يتم السداد في تاريخ مستقبل . ومن يتسلم بضاعة حاضرة نظير دفع مؤجل هو شخص قد حصل على ائتمان أى ثقة .

والدائن الذي يمنح ائتماناً هو دائن يثق في مديته . فمن يقرض بأجل ومن يتنازل عن بضاعة حاضرة نظير ثمن مؤجل هو شخص منح ثقة وائتماناً .

ومن هنا يمكن القول بأن تأجيل تنفيذ الالتزام أى الالتزام المقترن بأجل هو الترجمة القانونية لمعنى الائتمان . وعلى هذا النحو يقع على عاتق القانون المدني واجب وضع نظم قانونية محكمة تدعم الائتمان وتشجعه . إذ جرت العادة في المعاملات أن الائتمان الذي يحصل عليه المدين يقدر دائماً بالضمانات التي يقدمها أو يبدي استعداداً لمنحها . وعلى ضوء هذه الضمانات يحدد الدائن مقدار الثقة التي يمنحها للمدين ويقيس الآجال التي يقبلها للوفاء .

راعى المشرع المصرى هذه الحقيقة . فحكم في المادة ٢٧٣ من التقنين المدني بسحب الثقة من المدين الذي اثبت أنه غير جدير بها . وبعبارة قانونية قضى بسقوط الأجل في الأحوال الآتية : -

١ - إضعاف التأمينات الخاصة التي زود بها الدائن : فإذا كان هذا الإضعاف

(١) راجع بودان وفوران جزء ١٣ فقرة ٥١ .

بفعل المدين ، منح الخيار للدائن في أن يتمسك بسقوط الأجل ، أو أن يلزم المدين بتقديم تأمين آخر يكمل به ما أضعفته من تأمينات قدمها من قبل . أما إذا كان الإضعاف ناتجا عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيه كفعل الغير أو القوة القاهرة ، فهنا يسقط الأجل أيضا . على أنه أجاز للمدين في هذه الحالة ، ولأنه غير مذنب فيما حدث ، أن يبقى على الأجل إن كانت له في ذلك مصلحة ، على أن يقدم للدائن تأمينا كافيا يعوضه ما نقص من تأمينات . ولا يستطيع الدائن هنا خلافا للصورة السابقة أن يتمسك بإسقاط الأجل لأن المدين لا ذنب له في إضعاف التأمينات (١) .

٢ - إخلال المدين بوعده أن يقدم للدائن تأمينات : هنا أيضا حكم المشرع بسقوط الأجل الممنوح للمدين ، لأن الأجل يترجم عن ثقة منحها الدائن على أساس التأمينات الموعود بها . فإذا أخل المدين بوعده وجب سحب الثقة وتجريد المدين من الائتمان ، وذلك بإسقاط الأجل الذي اقترن بتنفيذ الالتزام .

مما تقدم تتضح الصلة الوثيقة بين التأمينات والائتمان . وعلى ذلك يمكننا تحديد هدف التأمينات بأنها إذ ترمى إلى تخصيص الدائن ضد خطر عدم تنفيذ الالتزام وخضوعه لقاعدة المساواة بين الدائنين ، فهي على هذا النحو تحقق في الغالب من الأمر هدفا اقتصاديا وذلك بتدعيم الائتمان (٢) .

١٤ - أدوات التأمينات :

إذا اشتهر شخص بين الناس بسمعة طيبة ، بأنه يحافظ على كلمته ويحشى على شرفه برعاية العهود التي قطعها على نفسه ، فهو بهذه السمعة وحدها في

(١) انظر تفصيل هذه الاحكام في دراستنا للرهن الرسمي وبحث المادة ١٠٤٨ بشأن سلطة الراهن في استعمال المال المرهون .

(٢) على أن هذا القول لا ينبغي أن يؤخذ على إطلاقه ، فهناك بعض أنواع من التأمينات العينية وإن كانت تفيد من تقررت لصالحه ، إلا أنها تقوض الائتمان العام للمدين فتصرف عنه الدائنين . من ذلك مثلا أن يكون الشخص مدينا بمبالغ باهظة لمصلحة الضرائب ، فهذه الديون بمقتضى ما تتمتع به من امتياز على جميع أموال المدين ، تصرف الغير عن التعامل معه . انظر ما سأتى في دراسة نظم التأمينات العينية .

غير حاجة إلى أن يقدم ضمانا . ذلك أنه يتمتع بائتمان شخصي يبعث على الثقة .
ائتمان خلقى يقاس بما يتوافر فيه من أمانة وذكاء يضمن له يسارا مستمرا .
إذا تجمعت هذه العناصر في الشخص فذلك خير ائتمان وأقوى ضمان . فيها
يستطيع أن يحصل على آجال للوفاء بالتزاماته دون أن يقتضى منه الدائن تأمينا
خاصا ، قانعا بسمعة مدينة الطيبة ومطمانا إلى دوام يساره .

بيد أن هذا الطراز من الناس يتضاءل في المجتمع الحديث . وعلاوة على
ذلك فقد اتسع نطاق المعاملات المالية على نحو جعلها تجري بين إناس لا يعرف
بعضهم بعضا . ومن ثم لا يقنع الدائن في منحه للائتمان بسمعة ذاعت بين الناس
عن مدينه . لذلك مست الحاجة إلى البحث عن أدوات مادية تؤمن الدائن ضد
مخاطر عدم تنفيذ الالتزام ، وتجنبه الخضوع لقاعدة المساواة بين الدائنين
في حالة إعسار المدين . هذه الأدوات تنقسم إلى طائفتين فهي إما شخصية
أو عينية .

١٥ - الأدوات الشخصية :

قوامها تعدد أشخاص المسئولين عن تنفيذ الالتزام . وجه التأمين فيها يتمثل
في انضمام أشخاص آخرين يسألون إلى بجانب المدين عن الوفاء . وهي في هذا
الشأن تتفاوت في قدر الائتمان الذي تمنحه . وأيا ما كانت صورتها . فالجوهرى
فيها أن تعدد المسؤولية عن الوفاء يخفف من خشية الدائن من عدم حصوله على
حقه . ذلك أن تعدد الفرص في السعى لأكثر من شخص يحد من المخاطر التي
يتعرض لها الدائن إذا ما توجه إلى مدين واحد فقط .

ويؤخذ على هذه الأدوات أنها لا تزال مخاوف الدائن بصفة نهائية ، حيث
أنها لا تؤمنه ضد إعسار يصيب جميع المسئولين عن الوفاء .

تقوم الأدوات الشخصية اذن على تعدد المدينين ، ويتحقق ذلك في صور
مختلفة .

فهناك أولا الأداة التي يكفلها الاشتراط لمصلحة الغير . وقد عالجها المشرع في المواد ١٥٤ وما بعدها من التقنين المدني (١). هذه الأداة قد تحقق تأميننا لصالح المنتفع (٢). وصورة ذلك أن يعقد شخص مشارطة لصالح المنتفع وهو أجنبي عن التعاقد . استثناء من القواعد العامة يكتسب المنتفع حقا مباشرا يتلقاه من المتعهد في المشارطة . وذلك دون أن يمر هذا الحق بذمة المشرط . فإذا كان المنتفع مثلا دائنا للمشرط في الأصل بمبلغ معين من النقود، ثم عقد المشرط مشارطة التزم المتعهد بمقتضاها أن يؤدي مبلغا معادلا لقيمة الدين إلى المنتفع . فهنا يتحقق لنا الأخير تأمين شخصي . ذلك أنه اكتسب مديونا جديدا (وهو المتعهد) ، علاوة على مدينه القديم (وهو المشرط) (٣) .

على أن الاشتراط لمصلحة الغير يتضمن قصورا بوصفه أداة من أدوات التأمينات الشخصية . ذلك أنه بمقتضى الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفعوع الشخصية الناشئة عن المشارطة التي يكون في وسعه أن يتمسك بها في مواجهة المشرط . وعلى ذلك فلا يستطيع المنتفع أن يطمئن إلى بقاء مديونية المتعهد . وهذا هو وجه القصور في الاشتراط لمصلحة الغير إذا ما قصد به أن يحقق تأميناً شخصياً .

هناك إلى جانب الاشتراط لمصلحة الغير أداة أخرى تفضله ، ونعني بها

(١) أنظر أنور سلطان « النظرية العامة في الالتزام » الجزء الأول في مصادر الالتزام ١٩٥٥ ص ٢٩٠ فقرة ٢٧٦ وما بعدها .

(٢) أنظر بودان وفواران جزء ١٣ فقرة ٥٢ ص ٦٠ .

(٣) يتحقق الضمان الخاص أيضا بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير في صورة عقد تأمين على الحياة . فالدائن قد يخشى وفاة مدينه المفاجئة ، وتعرضه لمزاحمة الدائنين الآخرين في استيفاء الدين من أموال التركة . وحينئذ يمكنه تعليق منح الائتمان للمدين ، على أن يقوم المدين بعقد وثيقة تأمين على حياته ، ويكون المستفيد منها هو الدائن . وتعد الوثيقة عادة بمبلغ تأمين يعادل قدر الدين . في هذه الحالة وعند وفاة المدين (وهو المشرط) يحصل الدائن (وهو المستفيد) على مبلغ التأمين من المؤمن (وهو المتعهد) . والدائن يتلقى من المؤمن حقا مباشرا لا يمر بذمة المدين . وبالتالي لا يندمج في الضمان العام لجميع الدائنين . أي أن الدائن المستفيد في هذه الصورة يضمن الحصول على حقه دون أن يتعرض لمخاطر مزاحمة الدائنين الآخرين .

ما يسمى بالانابة القاصرة أو الناقصة *delegation imparfaite* (١). وقد عالجها
المشرع في مصر في باب انقضاء الالتزام في المواد ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١

يستطيع المدين بمقتضى أحكام الإنابة أن يحصل على رضا الدائن بشخص
أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين . والمدين هنا يسمى المنيب ، والشخص
الأجنبي هو المناب ، والدائن هو المناب لديه .

هذه الانابة تحقق للدائن مديونية شخصين . فلهذه أولا مدينه الأصلية وهو
المنيب ، ومدينه الطارئ وهو المناب .

وقد وضع المشرع بشأن الإنابة حكما جعلها تفضل الاشتراط لمصلحة
الغير في نطاق التأمينات (٢). وبيان ذلك أنه لو كان هناك رابطة قانونية بين
المنيب والمناب قبل على أساسها أن يوفى عنه الدين ، وأصاب هذه الرابطة
عيب يقضى بطلانها ، أو لحقها سبب يؤدي إلى انقضائها ، فهنا لا يستطيع
المناب أن يتمسك في مواجهة المناب لديه بأي دفع يحق له أن يتمسك به في
في مواجهة المنيب . وهذا هو ما يعبر عنه بأن التزام المناب مجرد . وقد نصت المادة
٣٦١ على هذا الحكم بقولها « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان
التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفع ، ولا
يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق
يقضى بغيره » .

(١) أنظر جان بولانجليه انسكلوبيدى دالوز الجزء الثاني ص ١٢ . السهوى الوسيط
ص ٢ ص ٨٥٩ فقرة ٥١٤

(٢) قد تتحقق الانابة الناقصة بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير أيضا . ويكون ذلك بأن يشترط
المنيب على المناب أن يقوم بوفاء دينه للمناب لديه . فينشأ عندئذ للمناب لديه حق مباشر يستطيع
بموجبه استيفاء حقه من المناب . وبذلك يصبح أمام مدينين : المنيب وهو المدين الأصلي الذي لا تبرأ
ذمته بالاشتراط ، والمناب وهو المتعهد بالاشتراط الذي يترتب في ذمته التزام مباشر بالمناب لديه .
ويلاحظ استاذنا السهوى أن الاشتراط لمصلحة الغير أيسر من الانابة القاصرة في هذا
الشان . فهو يتم بمجرد اتفاق المنيب والمناب ، ومن وقت هذا الاتفاق . أما رضا المناب
لديه فليس ضروريا إلا لجل الاشتراط غير قابل للنقض . وهذا بخلاف الانابة القاصرة ،
فإنها لا تتم إلا في الوقت الذي يجتمع فيه رضا كل من المنيب والمناب لديه . السهوى
المرجع السابق ص ٨٦٠ فقرة ٥١٥ .

من هذه الأداة . وهى الإنابة الناقصة ، يتضح لنا أنها تحقق للدائن سعياً مزدوجاً نحو مدينين بدلاً من مدين واحد . وهذا لا يتحقق إلا فى صور الإنابة الناقصة . لأن الإنابة لو كانت كاملة فعنى ذلك اختفاء شخص المدين الأصلى ، وظهور المدين الطارىء . ويسمى ذلك تجديداً للالتزام بتغير المدين ، وهو لا يتحقق إلا إذا ظهرت نية التجديد صراحة ، لأن التجديد لا يفترض (١) .

يتحقق التأمين الشخصى أيضاً بنظام قانونى عاجله المشرع مع أوصاف الالتزام فى المواد ٢٨٤ وما بعدها ، وهو التضامن بين المدينين . وبمقتضاه يستطيع الدائن أن يتخير أى مدين يسأله الوفاء الكامل بالالتزام ، ولا يستطيع المدين هنا أن يرد سعى الدائن بحجة أن هناك مدينين آخرين ، بل هو ملزم بالوفاء ، وله بعد ذلك تصفية موقفه مع زملائه . هكذا يحقق التضامن تأميناً للدائن . فهو يجنبه خطر إعسار أحد المدينين ، إذ يهيب له الفرصة أن يحصل على حقه من المورسين . ومن هذا يتضح لنا أيضاً أن تعدد الفرص فى التوجه لعدة أشخاص لسؤال أى منهم عن الوفاء الكامل بالالتزام ، يقوى أمل الدائن فى الحصول على حقه ، ويبعث فى نفسه طمأنينة لا تتوافر لديه بسعى منفرد نحو مدين واحد ، أو سعى متعدد نحو عدة مدينين ينقسم الدين فيما بينهم ، فلا يسأل كل منهم إلا عن حصته فقط (٢) .

(١) نصت م ٣٦٠ على الإنابة الكاملة وهى التى تتضمن تجديداً للالتزام بتغير المدين بقولها « إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاماً جديداً ، كانت هذه الإنابة تجديداً للالتزام بتغير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتقاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة . ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الإنابة ؛ فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » .

(٢) هناك أيضاً أداة شخصية أخرى توفر الضمان ، وذلك عن طريق الاتفاق على عدم قابلية الالتزام للانقسام (فقرة ٢ م ٢٠٠ مدنى) . على أن التأمين الشخصى لا يتحقق على النحو المذكور فى المتن إلا عند تعدد المدينين بالالتزام الذى لا يقبل الانقسام . فالأصل أن ينقسم الالتزام على المدين إلا إذا كان غير قابل للانقسام . فعندئذ يكون كلا لا يقبل التجزئة . ويلتزم كل مدين بالأداء الكامل للدائن . وبذلك يتمدد أشخاص المسئولين عن الوفاء ، وسنرى بتفصيل هذه الأداة وصلتها بالتضامن فى دراستنا للتأمينات الشخصية .

هذا هو مجمل التضامن بوصفه أداة شخصية من أدوات التأمينات . وبعد فهو لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م ٢٧٩ مدني)

أخيراً قد يتحقق التأمين الشخصي عن طريق الكفالة وقد عالجها المشرع في الكتاب المخصص للعقود المسماة في المواد ٧٧٢ وما بعدها .

والكفالة نظام قانوني بمقتضاه يتعهد الكفيل بالوفاء بالتزام المدين إذا لم يقيم هذا الأخير بادائه . فالكنيل مدين تابع يستمد مركزه من مركز المدين الأصلي . وهو في الغالب من الأمر مدين احتياطي لا يحق للدائن أن يلجأ إليه إلا بعد أن يستنفد سعيه إلى المدين الأصلي فيعجز عن الحصول على حقه منه . على أن صفة الاحتياط التي تلحق الكفيل تزول عنه ، إذا ما قبل أن يكون كفيلاً متضامناً . حينئذ تتداخل أحكام الكفالة مع التضامن على النحو الذي سنفصله في بحثنا للتأمينات الشخصية .

بما تقدم يتضح أن عنصر الضمان في الأدوات الشخصية يتمثل في قدرة الدائن على السعي إلى أكثر من مدين واحد ، وبذلك يتسع نطاق المسؤولية عن الوفاء بالالتزام . إذ ترتبط بعدة أشخاص بعد أن كانت قاصرة على شخص واحد .

على أن خطر إعسار هؤلاء جميعاً لا يزال قائماً ، وهذا هو وجه القصور فيها عن تحقيق هدف التأمينات على أتم وجه . ولذلك يتقبلها الدائن أحياناً بالحيلة والحذر . ومن هنا مست الحاجة إلى اصطناع أدوات أقوى أثراً ، تستحث الدائن على منح إئتمان كامل ، وهذه هي الأدوات العينية .

١٦ - الأدوات العينية :

الأدوات العينية قوامها تخصيص مال أو عدة أموال لتحصيل الدائن ضد خطر عدم تنفيذ الالتزام ، وذلك بأنها تخول له استيفاء حقه من المقابل النقدي

هذا المال مفضلاً على سائر الدائنين الآخرين أى دون أن يخضع لمخاطر قاعدة المساواة .

هذا التفضيل بالمعنى المتقدم لا يكون إلا بالطرق التى بينها القانون، وهو الذى تعنيه المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى بقولها فى الفقرة الثانية أن جميع الدائنين متساوون فى الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون . وقد بين القانون الطرق التى بها يزود الدائن بأداة عينية تؤمن له تنفيذ الالتزام. ويتحقق ذلك إما عن طريق التعاقد وذلك فى الرهن بنوعيه الرسمى والحيازى ، أو بواسطة القضاء وذلك فى حق الاختصاص ، أو بنص القانون فى حقوق الامتياز .

جوهر هذه الأدوات العينية ، التى تشمل موضوع هذا الكتاب ، هى الأولوية التى تمنح للدائن فى استيفاء حقه من المقابل النقدى لمال أو أموال معينة. وهى على هذا النحو تضع الدائن فى مركز يمتاز به عن سائر الدائنين فيستوفى حقه مفضلاً عليهم . وبذلك يفلت من مخاطر قاعدة المساواة فى حالة إعسار المدين .

هذه الأدوات العينية إذ تربط حق الدائن بمال معين ، فهى فى الغالب من الأمر ، وعلى التفصيل الوارد فيما بعد ، تخول للدائن أن يتتبع المال الذى ارتبط به حقه فى أى يد كانت . وهى على هذا النحو تجعله فى مركز يفضل به الدائن العادى الذى لا يستطيع أن يتتبع أموال مدينه أو يلاحقها ، لأن حقه غير متعلق بمال معين بالذات ، بل مسئولية المدين فى مواجهته شخصية غير محددة .

على النحو المتقدم ، يظهر لنا أن الأدوات العينية تحصن الدائن ضد إعسار مدينه ونخطر تطبيق قاعدة المساواة وذلك بحق الأفضلية . وتؤمنه ضد تصرفاته وذلك بحق التتبع .

وبعد فالأداة العينية يترجم عنها بأنها تكسب الدائن حقاً عينياً تبعياً على مال أو أموال معينة .

هذا الحق العيني التبعي الذي يتحصن به الدائن فيثبت من خطر إعسار مدينه ، وتطبيق قاعدة المساواة ، يحقق إثمنا كاملا ، ويستحث الدائن بصفة عامة على منح آجال للمدين دون ان يساوره الخوف من إعساره .

ولذلك فالتأمين العيني يفضل التأمين الشخصي من هذه الناحية . إذ أن الخطر من الأداة العينية لا يتحقق إلا إذا هبطت القيمة الاقتصادية للمال . وهو أمر غير مألوف ، أو في القليل إذا حدث وإنما يكون ذلك نتيجة لاضطراب مالي يصيب المجتمع في شتى فروع نشاطه .

على أن التأمين الشخصي قد يفوق التأمين العيني من ناحية أخرى . ذلك أن الدائن إذا منح ثقته لأشخاص فهي ثقة لحدود لها . أما الثقة الممنوحة عملياً أساس لإثمان عيني ، فهي محدودة لأنها تتقيد بالقيمة الاقتصادية للمال دون أن تتجاوزها .

١٧- إقرار قسم خاص لدراسة الحق في الحبس والدعوى المباشرة :

إلى جانب الأدوات متقدمة الذكر هناك أنظمة قانونية أخرى تكفل للدائن أفضلية على غيره من الدائنين ، ولكن يتعذر إدماجها في طائفة التأمينات الشخصية أو العينية . ولهذا نفضل أفراد قسم خاص بها . ونعني بها الحق في الحبس ، والدعوى المباشرة .

عالج المشرع الحق في الحبس (١) في المواد ٢٤٦ وابعدها من التقنين . وتنص المادة ٢٤٦ على أن « لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به ، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه ، إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ،

(١) راجع اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٥٣ وما بعدها - السهوري الوسيط جزء ٢ ص ١٣٤ وما بعدها . أنور سلطان ص ٢ في أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ وما بعدها .

فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع .

الحبس بالمعنى المتقدم لا ينحول للدائن أفضلية بالمعنى الفنى ، فجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه (م ٢٤٧ الفقرة الأولى) .

ولكن الحبس يضع الدائن فى مركز يفضل به سائر الدائنين من ناحية واقعية . فهو بحبسه للشيء تحت يده يحرم المدين من الاستفادة منه ، على نحو قد يحمله على تنفيذ الالتزام . وهو من ناحية أخرى يستطيع إلى قدر معين أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة الغير على التفصيل الذى سنبينه فى موضع دراستنا له .

وتمت تأمين آخر يحقق للدائن مركزا يمتاز به على غيره من الدائنين ويتمثل فى الدعوى المباشرة . وهى تهيب للدائن أن يسعى بطريقة مباشرة وبإسمه شخصا إلى مدين المدين ، يسأله الوفاء بما هو مستحق فى ذمته للمدين . هذا السعى المباشر لا ينحول للدائن إلا بنص صريح فى القانون ، وهو إن تقرر يؤمنه خطرا عسار مدينه ، ويجنبه خطر قاعدة المساواة بين الدائنين . مثال ذلك نص المادة ٥٩٦ فى فقرتها الأولى التى تقضى بأن المستأجر من الباطن يلتزم بأن يؤدى الأجرة للموثر مباشرة بالقدر الذى يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصيل ، وذلك من وقت أن يندره الموثر بهذا الأداء . ولولا وجود هذا النص لما تيسر للموثر أن يدرك المستأجر من الباطن إلا بواسطة المستأجر الأصيل ، إما عن طريق الدعوى غير المباشرة أو حجز ماله للمدين لدى الغير . وبعد وأيا ما كانت الوسيلة التى قد يستخدمها الموثر ، فالقاعدة العامة أن كافة دائنى المستأجر الأصيل يحق لهم أن يشاركوه على قدم المساواة فيما حصل عليه . بينما نجد أنه بمقتضى الدعوى المباشرة المقررة بنص القانون ، يستأثر الموثر بما استوفاه من المستأجر من الباطن لأنه سعى إليه بصفته الشخصية .

هكذا تحقق الدعوى المباشرة للدائن تأمينا يجعله فى مركز يفضل به غيره من

الدائنين . ولهذه الدعوى تطبيقات أخرى في نصوص التقنين المدنى (١) ، وفي بعض القوانين الخاصة ببحثها في دراستنا المفصلة لها .

١٨ - التأمينات كفاعدة عامة نظم قانونية تابعة :

تنشأ التأمينات لتحقيق هدف مشترك هو تخصيص الدائن ضد خطر عدم تنفيذ الالتزام . ومن ثم فالأصل أنها تتبع الالتزام في نشأته (٢) ومصيره وانقضائه .

ترجم المشرع المصرى عن هذه التبعية في مواضع متفرقة . فنص في المادة ٧٧٦ بالنسبة للكفالة أنها لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً . وعبر عنها في م ١٠٤٢ التى تقضى بأن الرهن لا ينفصل عن الدين المضمون بل يكون تابعاً له في صحته وانقضائه ، مالم ينص القانون على غير ذلك .

تطبيقاً لفكرة التبعية متقدمة الذكر قرر المشرع في حوالة الحق أن الحوالة تشمل الحق بضمائنه كالكفالة والامتياز والرهن (م ٣٠٧) . كما قرر أيضاً في حوالة الدين أنه يبقى للدين المحال به ضمائنه (م ٣١٨ فقرة أولى) . على أنه بالنسبة لحوالة الدين لم يلزم الكفيل بالبقاء على التزامه إلا إذا رضى بالحوالة . ولهذا قضت المادة ٣١٨ في فقرتها الثانية بأنه لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة . وهذا حكم تقتضيه العدالة ، اذ لا ينبغى إجبار شخص على كفالة مدين لا يرتضيه .

(١) انظر نص المادة ٦٢٢ من التقنين المدنى في عقد المقاولة ، والمادة ٧٠٨ في عقد الوكالة ، والمادة ٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل - وراجع في دراسة الدعوى المباشرة الوسيط المرجع السابق ص ٩٧٨ - أحكام الالتزام اسماعيل غانم ص ١٩٥ .
أنور سلطان المرجع السابق فقرة ١٠٩ وما بعدها .

(٢) هذه التبعية ليست من جوهر التأمينات ، فقد أقرت بعض التقنينات الاجنبية مثل التقنين الالماني والسويسرى قيام التأمين العيني مستقلاً عن الدين الذى يضمنه ، انظر ما سياتى في دراسة الرهن الرسمى .

كذلك أيضاً أفصح المشرع عن هذه التبعية في المادة ٣٣٩ في أثر الوفاء مع الحلول بقوله « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع » .

أخيراً وتمشياً مع فكرة التبعية يقرر التقنين المدني في المادة ٣٥٦ بأنه يترتب على تجديد الالتزام أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ التزام جديد. ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك . وقد تكفلت المواد ٣٥٧ ، ٣٥٨ ببيان الأحكام التي تراعى في الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد . وسنعنى بتفصيل هذه الأحكام المتصلة بالتبعية عند دراسة كل ضمان خاص .

١٩ - خطة البحث :

مما تقدم يتضح لنا أن البصر بنظرية التأمينات والإحاطة بها يقتضى دراسة النظم القانونية التي قررها المشرع ، وتحليل مختلف الأدوات التي ترمى إلى تحقيق هدف التأمينات ، حتى يتكشف لنا إلى أى مدى ييسر إدراك هذا الهدف بواسطة تلك الأدوات المختلفة .

على هذا النحو نخصص الجزء الأول لدراسة نظم التأمينات العينية ، ونعالج في الجزء الثاني نظم التأمينات الشخصية ، ونلحق بدراستها النظم الخاصة التي تشمل الحق في الحبس والدعوى المباشرة .

المجموعة الأولى

النظم القانونية للتأمينات العينية

« نظرة عامة »

٢٠ - ظهور التأمينات العينية :

ظهرت التأمينات العينية متأخرة في تاريخ النظم القانونية . ففي المدنيات البدائية كانت التأمينات الشخصية هي قوام الضمان . وكانت تؤسس على ثقة الدائن في أشخاص يسألون عن الوفاء إلى جوار المدين . وتفسير ذلك يرجع إلى التضامن الوثيق الذي كان شائعاً في قلب الأسرة القديمة . فكان أفراد الأسرة الواحدة يلبون فوراً نداء أحد منهم ، إذا مادعاهم إلى ضمانه واستعان بهم لبعث الثقة في نفوس دائنيه .

كذلك يرتد تأخر ظهور التأمينات العينية إلى عامل آخر يتصل بصعوبة الانتقال إلى الائتمان العيني في هذه الحقبة من الزمن . فالأموال المنقولة كانت أموالاً بخسة ضئيلة القيمة (res mobilis res vilis) . ومن ثم لم تكن صالحة لتركيز الائتمان فيها ، على نحو يبعث الطمأنينة في نفس الدائن . أما العقارات التي تمثل العنصر الأساسي في الثروة ، فلم تكن ملكاً خالصاً لكل فرد . بل كان ينظر إليها على أنها مملوكة للأسرة ، وأن حائزها ليس سوى ممثل للأسرة في تلك الملكية (١) .

لهذه الاعتبارات المتقدمة لم يكن من اليسير أن يروج الائتمان العيني ، وهو بعد يقوم على تخصيص أموال معينة مملوكة للمدين . كافية في قيمتها الاقتصادية لإستيفاء حق الدائن .

على أن التاريخ في تطوره ، أصاب الروابط العائلية بالتفكك . وترتب على ذلك تملك كل شخص للعقارات ملكية خالصة ، ثم تطور الأمر ، فبدأت الأموال المنقولة ترتفع في قيمتها ، بل ظهرت منها أنواع جديدة لم تكن معروفة

(١) انظر بلانجيل وريبير وبكيه المطول - جزء ١٣ ص ٢٤ فقرة ٢ .

من قبل . وبذلك أصبحت تمثل عنصرا هاما في الثروة ، على نحو جعلها صالحة لأن تستخدم في منح ائتمان عيني (١) .

حينئذ قدر للتأمينات العينية أن تحتل مكان الصدارة بين النظم القانونية للضمان الخاص . بل أصبح الدائن يفضل الاستعانة بها ، لأنها تجعله في مأمن تام من إعسار المدين .

على أن العصر الحديث سجل رواجاً جديداً للنظم التأمينات الشخصية . وهو رواج ليس مرده التضامن العائلي كما كان الحال قديماً ، بل مبعثه انتشار الأعمال المصرفية وتطورها ، بحيث أصبحت المصارف تقوم بدور هام في منح الائتمان الشخصي . ولكن هذه المصارف في الغالب من الأمر إذا أقبلت على ضمان أحد عملائها فهي تؤمن الرجوع عليه بتقرير ضمانات عينية :

(١) راجع في تطور فكرة الأموال المنقولة وظهور أنواع جديدة منها البحث القيم للاستاذ جورج ريبير في كتابه *aspects juridiques du Capitalisme moderne* - ص ١٢٤ فقرة ٥٤ وما بعدها . إذ كشف العصر الحديث عن أنواع من الأموال المنقولة لم تعرفها المجتمعات البدائية ، وهي تمثل اليوم عنصرا هاما في مالية الشخص . ومرد ذلك إلى أن تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول كان ينصب قديماً على الأشياء المادية فقط . أما الآن فالنظرة الحديثة تتناول الحقوق المالية بأسرها فتقسمها على النحو المبين بالمادة ٨٣ من التقنين المدني . « يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على العقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار . ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . تعتبر إذن الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية من الأموال المنقولة . وهي في تطورهما ترد في صورة مختلفة واسعة الانتشار ، تتمثل في الأوراق المالية والتجارية . على هذا النحو اختل التصوير التقليدي القديم للمنقولات ، فانسع نطاقه وحوى أنواعاً جديدة ، أصبحت اليوم أداة فعالة للائتمان العيني . على أن هذه المنقولات الجديدة وتتمثل في حقوق شخصية مسجلة في أوراق قابلة للتداول ، ومقومة بقيمة نقدية ، اقتضت من المشرع الحديث أن يضع لمنح الائتمان بمقتضاها أحكاماً جديدة تستجيب إلى طبيعتها . دراسة هذه الأحكام يتقاسمها القانون المدني والقانون التجاري معا . على أن القانون التجاري يحظى من دراستها بالنصيب الأوفر . كذلك انعكس ظهور هذه الأموال على قانون المرافعات ، فأمل عليه تقرير نظم خاصة للتنفيذ عليها ، تختلف بحسب طبيعة كل منها . انظر في ذلك محمد حامد فهمي المرجع السابق - حجز الإيرادات والأسهم والسندات والحصص ص ٣٠٦ وما بعدها . احمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ ص ٦٠٥ وما بعدها .

نستطيع أن نلمس بالنسبة إلى مصر تطوراً يشبه في مراحله ما تقدم بيانه .
فالتضامن العائلي لعب دوراً فعالاً في رواج التأمينات الشخصية في المجتمع المصري .
هذه الظاهرة كانت مأموسة إلى وقت غير بعيد ، بل ولعلها قائمة حتى الآن
وإن كانت بسبيل الزوال .

هذا ويلاحظ من ناحية أخرى ، أن العقارات ، وبصفة خاصة الأراضي
الزراعية ، تمثل العنصر الهام في الثروة بمصر ، ومن ثم كان الائتمان العيني
منصباً عليها . بل وفي هذا النطاق لم يكن هينا على نفس صاحب الأرض ، أن
يجعلها ضماناً خاصاً للوفاء بديونه . بيد أن التطور أملى عليه أن يرتضى هذا
الوضع حتى أصبح مألوفاً في مختلف البيئات الزراعية ، وإن كان لا يزال
عاراً يلحق الشخص في بعض هذه البيئات .

على أن التطور الهام الجدير بالتسجيل ، هو تزايد أهمية الثروة المنقولة ،
واعتماد كثير من المصريين على الاقبال عليها . ولعل مما يعجل بهذا التطور
ما قد يفرضه قانون الإصلاح الزراعي من انصراف البعض عن استثمار أموالهم
في شراء أراض زراعية ، وتوجيهها نحو الحصول على سندات تحقق فائدة
مضمونة ، أو أسهم تدر ربحاً مجزياً .

هذا التوجيه الجديد ، قد يضاعف أهمية الثروة المنقولة ويجعلها ، إلى جوار
العقارات ، أداة فعالة للائتمان العيني . وبالتالي تبرز لنا المكانة التي تحتلها
التأمينات العينية بين النظم القانونية للضمان الخاص بمصر .

٢١ - فائدة التأمينات العينية :

تهدف التأمينات بصفة عامة ، كما قدمنا ، إلى تجنب الدائن مخاطر إعسار
مدينه وخضوعاً لمبدأ المساواة مع سائر الدائنين . فهي ترمي إلى إيثار الدائن
بضمان خاص يجراه في مأمن من هذا الإعسار ، وبعث الثقة لديه بتزويده
بوسيلة قانونية ليس في وسع غيره أن يشاركه فيها .

وقد تبين لنا أن قوام التأمينات الشخصية هو السعى لأكثر من مدين للحصول على الحق . سعى شخصي يتمثل في تعدد المسئولين عن الدين . وبعد فهمنا بلغت حكمة المشرع في صياغة الأحكام التي تهيء للدائنين سعياً مضموناً ، ليس من العسير أن نتصور عجز المدين عن وجود شخص يقف إلى جواره يقبل حمل مسئولية الدين معه أو عنه . بل وإن وجدته فإن الدائن يظل معرضاً لمفاجأة إفسار هذا الشخص يوم أن يسعى إليه يسأله الوفاء .

لهذا عمدت كافة التشريعات إلى تزويد الدائن بأدوات أخرى أضفت عليها من الأحكام ما جعلها قابلة لتحقيق هدف التأمينات على وجه أكمل . هذه هي الأدوات العينية ، وقوامها تخصيص أموال معينة مملوكة للمدين أو لغيره ، وتزويد الدائن بسلطات خاصة على هذه الأموال ، يفضل بها غيره من الدائنين .

فهو أولاً يستطيع استيفاء حقه مقدماً على غيره من المقابل النقدي لهذه الأموال فيفلت بذلك من مبدأ المساواة متقدماً الذكر . وهذا هو ما يعبر عنه بحق التقدم أو الأفضلية *droit de preference*

هذه الأفضلية في الغالب من الأمر يتسع نطاقها فتنتقل آثارها حتى ولو انتقلت هذه الأموال من ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر . وبعبارة أخرى الأدوات العينية في أقوى مظاهرها تمنح الدائن ، إلى بجانب الأفضلية في استيفاء الحق من المقابل النقدي للأموال المخصصة ، القدرة على متابعة هذه الأموال في أي يد كانت . وهو ما يعبر عنه بحق التتبع *droit de Suite* . وبعد فالتتبع ليس في ذاته غاية ، بل سلطة يزود القانون الدائن بها ، فتدخل له مباشرة الأفضلية على أوسع نطاق (١) .

ومما هو جدير بالذكر أن تخصيص مال معين لضمان الوفاء بحق أحد الدائنين لا يسلب حقوق الدائنين الآخرين على هذا المال . بل يظل عنصراً من عناصر الضمان العام . وبالتالي يجوز لكل دائن أن ينفذ عليه . ولكن الدائن المزود

(١) انظر في نطاق حق التتبع ومدى توافره ، وتعارضه مع أحكام أخرى في القانون المدني دراستنا المقبلة لكل من نظم التأمينات العينية على أفراد .

بتأمين عيني على هذا المال يستوفى حقه مقدماً على غيره . وليس أمام الدائن العادى سوى أن يقنع بما يتبقى بعد ذلك .

٢٢ - الدائن المزود بتأمين عيني فخاص بمتنع عليه بصفة مؤقتة

التنفيذ على أصول المدين الأخرى :

ينص المشرع المصرى فى تقنين المرافعات فى المادة ٤٨٩ على ما يأتى «لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما يخصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية (١)

هذا الحكم الذى استحدثه تقنين المرافعات يتضمن خروجاً على القاعدة العامة التى تقضى بحرية الدائن فى اختيار أى مال من أموال مدينه للتنفيذ عليه . ولعل الفكرة التى تسند هذا الحكم ، هى أن الدائن المزود بتأمين عيني خاص عليه أن يستنفذ أولاً قيمة هذا التأمين لاستيفاء حقه ، قبل أن يسعى إلى أموال المدين الأخرى يزاحم فيها الدائنين العاديين (٢)

(١) كان النص فى المادة ٥٠٦ من مشروع الحكومة يقصر هذا الحكم على الدائن المرتهن فقط فقضى بأنه « لا يجوز للدائن المرتهن أن يباشر التنفيذ على عقار المدين غير العقار المرهون له رهناً رسمياً أو حيازياً إلا إذا لم يكن هذا العقار كافياً لوفاء دينه » . ثم رأت لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ تعديل الصياغة المتقدمة على نحو يجعلها تشمل كافة التأمينات العينية الخاصة . فاستوحت النص الجديد من حكم كان وارداً فى م ٢٥٥ من المشروع النهائى للقانون المدنى ، وكان نصه أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات لبيع مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما يخصص للوفاء من أموال المدين غير كاف » . وقد رأت لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ حذف هذه المادة لأن محل حكمها قانون المرافعات .

وقد علقت لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ على المادة ٤٨٩ بأنه روى فيها « مواجهة كل دائن خصص له مال لوفاء دينه ، سواء كان هذا المال المخصص منقولاً أم عقاراً ، فيكون الحظر جارياً بالنسبة للدائن المرتهن تأمينياً (أى رسمياً) أو حيازياً أو لمن يكون له حق الاختصاص أو حق الحبس أو غير ذلك من حقوق الامتياز » .

(٢) انظر بدران وفواران جزء ١٣ ص ٤٤ فقرة ٣٧ .

ويلاحظ أن هذا النص بصياغته المطلقة يشمل كافة التأمينات العينية الخاصة سواء وردت على عقار أو منقول ، وسواء تقررت بالاتفاق كالرهن ، أو بأمر القاضي كالاختصاص ، أو بنص القانون كحقوق الامتياز (١) .

فإذا باشر الدائن التنفيذ على غير المال المخصص للوفاء بحقه ، جاز للمدين الاعتراض على هذا التنفيذ بكافة الوسائل التي رسمها القانون .

على أن هذا الحكم الجديد يطلق حرية الدائن في السعي إلى أموال المدين الأخرى ، إذا كان المال المخصص للوفاء بحقه غير كاف . حينئذ له أن ينفذ على غير المال المخصص ، وذلك بأمر على عريضة يقدمها إلى قاضي الأمور الوقتية .

ولا يشترط لجواز التنفيذ على غير المال المحمل بالتأمين العيني أن يباشر الدائن فعلاً إجراءات التنفيذ على المال المخصص للوفاء بحقه ، وأن يتضح عدم كفايته . بل يستطيع الدائن أن يلجأ من بادىء الأمر إلى قاضي الأمور الوقتية يسأله رفع هذا التحريم المقرر في م ٤٨٩ مرافعات ، ويستأذنه في التنفيذ على أموال المدين الأخرى . والقاضي يجيبه إلى طلبه إذا ما أثبت أن المال المخصص لن يكفي لاستيفاء حقه (٢) .

(١) غنى عن البيان أن هذا النص غير قابل للتطبيق بالنسبة إلى حقوق الامتياز العامة ، باعتبار أنها تنصب على جميع أموال المدين ، وهي بطبيعتها ، تخول للدائن المزود بها أن يتخير أى مال مملوك لمدينه للتنفيذ عليه . على أن المشكلة تثار بشأن الحق في الحبس . ذلك أنه جاء في تقرير لجنة قانون المرافعات ذكر الدائن المزود بحق الحبس بين الدائنين الذين ينطبق عليهم حكم هذه المادة . هذا الرأي محل نظر لأن الدائن الحابس لا يتمتع بحق امتياز على الشيء المحبوس (٢٤٧ مدني فقرة أولى) وبالتالي يحق له أن ينفذ على أى مال آخر مملوك للمدين لاستيفاء حقه بغض النظر عن مدى كفاية المال المحبوس لاستيفاء هذا الحق . هذا القول يتفق مع الحكمة من نص م ٤٨٩ التي تجنب الدائنين العاديين مزاحمة دائن مزود بتأمين عيني خاص ، يستوفى منه حقه بطريق الأفضلية .

(٢) وفي هذا المعنى تقرر لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ أنه « من المسلم به أنه في حاله ما يبدأ الدائن بالتنفيذ على المال المخصص له ويتبين له بعد انتهاء التنفيذ أن حصيلته لا تكفي لوفاء دينه ، يكون له أن ينفذ على أموال أخرى للمدين دون حاجة لاستصدار أمر من قاضي الأمور الوقتية بذلك . إذ أن تدخل القاضي لن يكون إلا قبل التنفيذ على المال المخصص بحجة =

استهدف هذا الحكم لنقد شراح قانون المرافعات في مصر (١) : بحجة أنه يفتقر إلى حكمة واضحة تسنده . ونعتقد أن المشرع راعى في تقريره مصلحة الدائنين العاديين . فقدر أن الدائن المزود بتأمين عيني خاص في غير حاجة إلى مزاحمتهم مادام أن المال المخصص ضمانا للوفاء بحقه يكتفى لارضائه (٢) .

٢٣ - التأمينات العينية لا تنقرر إلا بالطريقة التي يبينها القانون :

ليس من العسير أن نبرر هذا الحكم . ذلك أن سنده التشريعي واضح . فقد نصت المادة ٢٣٤ من التقنين المدني في فقرتها الثانية : كما نعلم ، على أن جميع الدائنين متساوون في الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون . هذا التقدم تكفله التأمينات العينية بمختلف أدواتها . فالدائن المزود بتأمين عيني خاص يكتسب حقاً عينياً تبعياً على المال المخصص للوفاء بدينه . هذا الحق يكفل لصاحبه كما قدمنا (٣) الأفضلية في استيفاء حقه من المقابل النقدي للمال الذي اكتسب عليه حقاً عينياً تبعياً . وهو في الغالب من الأمر يخول له تتبع هذا المال في أي يد كان .

٢٤ .

== أنه لن يكتفى لوفاء الدين لمبوط الأسعار مثلاً . وقد يكون للدائن مصلحة في أن يبدأ بالتنفيذ على مال غير المخصص له وتكون حجته واضحة كأن يكون دائناً مرتباً متأخراً في الترتيب فلا يحتمل أن يناله نصيب من ثمن العقار المخصص لوفاء دينه .

(١) انظر محمد حامد فهمي المرجع السابق ص ١٨٤ .

(٢) جاء في مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدني تعليقاً على نص المادة ٣٢٨ التي أصبحت المادة ٢٥٥ في المشروع النهائي ثم ألغيت ما يأتي « قد تكون الأموال التي تضمن الوفاء بالدين مرهونة رهن حيازة وقد تكون عقارات مرتبة عليها رهن رهن رهن ، أو مثقلة بحق اختصاص أو امتياز . والمفروض بوجه خاص في أحوال رهن الحيازة ، والرهن الرسمي ، أن الأموال المرهونة تكفى للوفاء بحق الدائن ، ثم ان الأموال المثقلة ترصد قبل كل شيء على الوفاء بالديون التي تخصص لضمانها . ولهذا يتعين على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على تلك الأموال ، وبذلك يتحاشى مزاحمة الدائنين مزاحمة غير مشروعة فيما عداها من الأموال غير المثقلة » انظر الجزء الثاني من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ص ٦٤١ في تاريخ نص م ٣٢٨ من المشروع التمهيدى .

(٣) راجع ما تقدم فقرة ٢١ .

وقد راعى المشرع أن ذلك الخروج الظاهر عن قاعدة المساواة بين الدائنين لا ينبغي أن يسمح به إلا في الحدود التي أجازها القانون . و بين القانون في هذا الشأن الطرق التي يكتسب بها الدائن تأميناً عينياً خاصاً ، وبالتالي يتقرر له حقاً عينياً تبعياً . ويتحقق ذلك إما بالتعاقد في الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي (أو بأمر القاضى بالنسبة إلى حق الاختصاص ، أو بنص القانون في حقوق الامتياز .)

ويترتب على ما تقدم أنه لا يجوز للأفراد أن ينشئوا تأمينات عينية خاصة إلا بالطريقة التي بينها القانون . وبعبارة أخرى يمتنع عليهم تقرير حقوق عينية تبعية غير تلك التي نص عليها القانون . ويعبر عن ذلك بأنه تطبيق لمبدأ أن الحقوق العينية قد وردت على سبيل الحصر .

ويتجه الفقه إلى تبرير هذا المبدأ على أساس أن الحق العيني يخول لصاحبه الأفضلية والتتبع ، على نحو يمس مصالح الغير . ومن ثم فلا يجوز للأفراد أن ينفردوا بتقرير حقوق تنطلق في سريانها فتمس الكافة غير تلك التي يجيزها القانون .

والقول الصحيح أن الحقوق العينية التبعية تهدر قاعدة أساسية من قواعد القانون المدني (١) ، وهي المساواة بين الدائنين . ومن ثم احتكر المشرع طريقة تقريرها . بل إنه في الأحوال التي أجاز انشاءها بإرادة الدائن والمدين وذلك في عقد الرهن ، وضع أحكاماً وقيوداً آمرة تتعلق بالنظام العام . ذلك أن النظم القانونية للتأمينات وثيقة الصلة بالائتمان ، وهي على هذا النحو تمس المصالح العام (٢)

(١) راجع رينيه ديكرز الوجيز في القانون المدني البلجيكي ١٩٥٥ الجزء الثاني ص ٧٨٠ .

(٢) أنظر في مدى ورود الحقوق العينية على سبيل الحصر - إسماعيل غانم محاضرات في النظرية العامة للحق ١٩٥٥ ص ٤٥ - حسن كبير المرجع السابق ص ٤٨ .

٢٤ - التأمينات العينية والحقوق العينية التبعية :

استقر الفقه منذ زمن طويل على تقسيم رئيسي للحقوق العينية بصفة عامة ، يتضمن الحقوق العينية الأصلية أو من الدرجة الأولى ، والحقوق العينية التبعية أو من الدرجة الثانية . وتسمى أيضاً بالحقوق العينية للضمان .

استجاب المشرع المصرى إلى هذه التفرقة التقليدية ، فاستلهم منها المنهج الذى ارتضاه للتقنين المدنى . وعلى هذا النحو جاء القسم الثانى منه مخصصاً للحقوق العينية بصفة عامة . ثم أفرد فى نطاق هذا القسم كتاباً للحقوق العينية الأصلية ، وأورد كتاباً آخر هو نخاتمة التقنين اتخذ له عنوانا الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية ، وذلك فى المواد ١٠٣٠ إلى ١١٤٩ .

ولو سلكننا فى بحثنا مذهب التمسك بحرفيه الألفاظ ، والتقييد بكل ما يرد فى نصوص التقنين من تعريفات ، لتحتم علينا القول بأن التأمينات فى مجموعها أيا ما كانت صورتها تزود صاحبها بحق عيني تبعي . ذلك أن العنوان الذى اتخذته المشرع لهذا الكتاب ينطلق فى عمومته فيشمل كافة التأمينات العينية التى عالجها التقنين . ونعنى بها الرهن الرسمى ، والرهن الحيازى ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز بصفة عامة (١) .

على أن الفقه ، اذ يترسم أحكام القانون فلا يهدر ما جاء فيه من قواعد آمرة ، تتوافر له الحرية فى تكييف النظم القانونية . ويجوز له أن يقر من التعريفات ما يراه صحيحاً وينكر منها ما يقدر مجانبته للصواب . كل هذا تنطلق فيه حرية الفقه ، بشرط ألا يخالف فى محاولاته الأحكام والحلول التى يقرها التشريع .

على ضوء هذه الملاحظة الأساسية نستطيع أن نعالج هذه المشكلة الدقيقة .

(١) لعله كان من الأوفق أن يكتفى المشرع بحمل عنوان الكتاب الرابع « التأمينات العينية » ، وارجاء تقرير الحق العيني التبعي فى الباب المخصص لكل تأمين على افراد ، لأن هناك بعض صور من التأمينات العينية كما سيظهر لنا ، لا تقتصر بمقتضاها حقوق عينية تبعية .

فنتساءل إلى أى مدى يصدق القول بأن الدائن المزود بتأمين عيني يكتسب حقاً عينياً تبعياً؟

الوصول إلى حل في هذا الشأن يقتضى تحديد معيار الحقوق العينية بصفة عامة ثم بيان مدى انطباقه على ما يسمى بالحقوق العينية التبعية . حينئذ يتيسر تحليل الفقه الذى اتجه إلى إنكار فكرة الحقوق العينية التبعية وبيان مدى نصيبه من الصحة .

٢٥ - تحديد معيار الحقوق العينية بصفة عامة :

يحدد الفقه عادة هذا المعيار بصدد بيان التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية (١) . وليس في نيتنا أن نقوم بدراسة شاملة في هذا الشأن ، فهى تتجاوز نطاق بحثنا . بل الذى يعنينا فقط هو تحديد المعيار الذى نرى الأخذ به بالنسبة إلى الحق العيني .

انتصر الفقه الحديث في مجموعه للابقاء على التفرقة التقليدية بين الحق العيني والحق الشخصى أو حق الدائنية . وقوام هذه التفرقة هو النظر إلى محل الحق . فالحق العيني ينصب على شئ معين بالذات . والحق الشخصى يرد على عمل المدين (٢) . ومن هنا يختلف السبيل إلى إدراك الثمرة من كل حق .

(١) راجع في هذا الشأن جان ديروبي رسالة من تولوز ١٩٥٢ الطبيعة القانونية لحق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والشخصية . مينييه الطبيعة القانونية للحقوق العينية والشخصية رسالة من باريس ١٩١٢ . ريجو الحق العيني تاريخه ونظرياته رسالة من تولوز ١٩١٢ .
وأفطر بصفة خاصة دابان Le droit Subiectif ، كتاب نشره دالوز ١٩٥٢ .

راجع في الفقه المصرى الوسيط للسنهورى الجزء الأول - أنور سلطان مصادر الالتزام - اسماعيل غانم محاضرات في أحكام الالتزام ودروس في الحقوق العينية الأصلية الاسكندرية ١٩٥٣ - ١٩٥٤ (على الآلة الكاتبة) - حسن كبره الحقوق العينية الأصلية الاسكندرية سنة ١٩٥٨ .

(٢) ذهب البعض بشأن هذه التفرقة إلى ربطها بالاعتبارات الاقتصادية التى تحيط بالاستفادة من كل حق . وعلى هذا النحو قيل أن الحق العيني هو تملك ثروة معينة ، بينما الحق الشخصى يتمثل في الاستفادة من خدمات . وهى تفرقة يشوبها الغموض وينقصها التحديد . ولذلك لا تصلح معياراً =

ففي الحق العيني يستطيع صاحبه أن يحنى ثمرته من الشيء مباشرة .
فينتزع منه المزايا والمنافع في حدود مضمون حقه . وعلة ذلك أن الحق يرد
على الشيء فيخول عليه التسلط المباشر .

أما في الحق الشخصي فلا يتيسر للدائن أن يدرك غايته إلا بواسطة المدين .
ذلك أن الحق هنا ينصب على أداء معين التزم به المدين . ولذلك تقتصر سلطة
الدائن على المطالبة بهذا الأداء ، واقتضائه جبراً على المدين إن لزم الأمر .

وخلاصة القول أن الحق يكون عينياً إذا ورد على شيء معين بالذات ،
وشخصياً إذا أنصب على أداء معين على عاتق المدين (١) . وهكذا يتضح
أن العبرة في هذه التفرقة بمحل الحق (٢) .

هذا المعيار المتقدم لا يثير الخلاف بشأن الحقوق العينية الأصلية . فالإجماع
يذهب على أن حق الملكية ، وما يسمى بالحقوق المتفرعة عنها وهي حق الانتفاع

== محمداً يستجيب إلى التطبيق العملي . أنظر بونكاز ملحق لمطول بودري لاكتنيري في القانون المدني
جزء ٥ ص ٥١ .

(١) يتجه جانب من الفقه إلى القول بأن الحق الشخصي يمثل رابطة اقتضاء تخول لشخص
الزام آخر بأداء معين ، وأن الحق العيني يزود صاحبه برابطة تسلط تخول للشخص سلطة على
شيء معين . أنظر بشأن هذه التفرقة حسن كيره « نظرية التمسف في استعمال الحق في القانون
المصري والفرنسي » رسالة إلى كلية حقوق باريس ١٩٥٢ . ص ٩٧ وما بعدها .

وراجع في تفصيل فكرتي التسلط والاقتضاء ديان (le droit subjectif) . وقد استهدينا باتجاه
هذا الفقيه في تعريفنا للحق بصفة عامة . أنظر شمس الدين الوكيل محاضرات في النظرية العامة
للحق ١٩٥٤ .

(٢) ظهرت محاولات فقهية على ضوء هذه التفرقة للتوسيع من نطاق الحقوق العينية على نحو
يغفل في بعض الأحيان أحكاماً أساسية في القانون المدني . أنظر رسالة ديروبي السابق الإشارة
إليها ص ٢٧٠ وما بعدها . وفيها يرى أن الحق العيني هو الذي يخول السلطة في انتزاع المزايا
من شيء مادي ، والحق الشخصي هو الذي يمنح لشخص سلطة في مواجهة آخر تجيز له أن يقتضي
منه خدمات . ويصل المؤلف على ضوء هذه التفرقة إلى أن حقوق الامتياز العامة ، وحق
الضمان العام إذا وردت على أشياء مادية تعتبر من قبيل الحقوق العينية ، راجع الفقرات
٣٣٩ - ٣٥٣ .

وحقوق الارتفاق هي حقوق عينية ، بل وصفت بأنها أصلية من الدرجة الأولى du premier degré لإبراز مكانتها .

وعلى النقيض من ذلك يثار الشك حول الحقوق العينية التبعية فيحاول البعض إنكار وجودها . على أن المعيار المتقدم الذكر يتسع للحقوق العينية الأصلية والتبعية على السواء .

٢٦ - تطبيق المعيار المتقدم على الحقوق العينية التبعية :

تتميز الحقوق العينية الأصلية بأن مضمونها يخول لصاحبها سلطات متفاوتة تتحدد بالتصرف والاستغلال والاستعمال . هذه السلطات تجتمع كلها في حق الملكية ، ويتخلف البعض منها فيما يسمى بالحقوق المتفرعة عن الملكية كالانتفاع والارتفاق . وأيا كان أمر هذه السلطات فالجوهرى فيها أنها تصيب الشيء في نطاق كيانه المادى . فباشرة المالك لسلطاته تخول له الاستفادة المادية المباشرة من الشيء الذى يرد عليه حق الملكية (١) .

أما الحقوق العينية التبعية فتجاوز هذا الكيان المادى وتنفذ إلى الكيان الاقتصادى للشيء . ومن ثم ترد سلطة صاحب الحق العينى التبعية على القيمة الاقتصادية للشيء ، فيتسلط عليها في نطاق الالتزام المضمون . فالدائن المزود بحق عينى تبعية على عقار من عقارات مدينه لضمان الوفاء بالالتزام ، لا يرتبط حقه بالكيان المادى لهذا العقار . فليس له أن ينتزع منه منفعة مباشرة . ولكن يرتبط حقه بالقيمة الاقتصادية التى يمثلها هذا العقار . وهو على هذا النحو يربص لها حتى يحين وقت استيفاء دينه . حينئذ له أن يتسلط عليها وينفرد بها في حدود الدين المضمون .

مما تقدم يستبين لنا أن الحق العينى التبعية يرد على شيء أو أشياء معينة في نطاق قيمتها الاقتصادية . هذه القيمة تعتبر عنصراً هاماً في الشيء ، فهى التى

(١) أنظر بونكاز الملحق المطول بوردى جزء ٥ ص ١٨٤ ، ٢٠٦ حيث يقرر أن الحقوق العينية الأصلية ترد على الوحدات العضوية للشيء محل الحق .

ترجم عن المقابل النقدي له إذا ما أراد مالك الشيء أن يتصرف فيه . ومن هنا يمكن أن نقرر بأن تقرير الحق العيني على مال من أموال المدين يقيد حق ملكيته عليه . فلم يعد المدين حراً كما كان من قبل يتصرف فيه كيما يشاء .

فاللذ العقار المرهون رهناً رسمياً ، وإن كانت له السيطرة على المنافع التي يغلها هذا العقار ، إلا إن قيمته الاقتصادية قد تعلق بها حق الدائن المرتهن . ومن هنا أجاز لهذا الدائن أن يستوفي دينه من المقابل النقدي للعقار في أي يد كان . ذلك أن المالك حينما تصرف ، نقل إلى المشتري ملكية قاصرة ، حيث أن العقار ارتبطت قيمته الاقتصادية بحق الدائن المرتهن (١) .

ويترتب على تعلق حق الدائن بالقيمة الاقتصادية للمال المحمل بالتأمين العيني أنه يتسلط عليها . وبذلك يستطيع إقصاء من يزاحمه بشأنها . ويتمثل ذلك في حق الأفضلية الذي سبق لنا بيانه . وإذا ما تراحم عدة دائنين ، يتمتع كل منهم بتأمين عيني ، فهنا وضع القانون أحكاماً تحسم النزاع بينهم على النحو الذي سنفصله في دراستنا لنظم التأمينات العينية .

وهذا التسلط الوارد على القيمة الاقتصادية للمال المحمل بالتأمين يظل قائماً حتى ولو تصرف المدين في هذا المال إلى شخص آخر . ذلك أن حق الدائن تعلق بالكيان الاقتصادي ومن ثم فهو يصاحبه أينما ذهب . على أن هذا القول إن صدق بالنسبة للتأمينات العينية الخاصة الواردة على العقار ، فهو يصطدم بشأن

(١) أنظر كانكارليه La notion de gage en droit privé رسالة إلى كلية حقوق بور دو ١٩٣٧ ص ٤١٨ - وفيه يرى المؤلف أن تقرير الحق العيني يتتبع من سلطات المالك ويضعف حقه . ذلك أنه لم يعد حراً بالنسبة للقيمة الاقتصادية للمال المملوك له ، ويشبه حالة الدائن المرتهن الذي ينفذ على العقار تحت يد المتصرف اليه ، بحالة المنتفع الذي يباشر حقه أيضاً في مواجهة من تلق ملكية الرقبة . فالمالك في الحالة الأولى نقل إلى المشتري ملكية مقيدة في قيمتها الاقتصادية بحق الدائن المرتهن . وفي الحالة الثانية نقل ملكية الرقبة فقط إذ أنه تجرد من حق الإنتفاع لصالح شخص آخر . وعلى هذا النحو يقرر إن الدائن المرتهن هنا يتتبع القيمة الاقتصادية ، والمنتفع يتتبع العقار في كيانه المادي ليباشر عليه حق الإنتفاع . أنظر أيضاً ديروبيه الرسالة السابق الإشارة إليها ص ٢٨٠ فقرة ١٨٣ .

التأمينات الواردة على المنقولات بحقوق الغير حسن النية ، واعتصامه بقاعدة الحياز في المنقول سند الحائز . وسيتكشف لنا الدور الذي تلعبه هذه القاعدة في إهدار حق التتبع في دراستنا للرهن الحيازي وحقوق الامتياز .

هذه السلطات التي تتمثل في الأفضلية والتتبع يظهر أثرها بصورة واضحة بصدد الحقوق العينية التبعية ولكن ذلك لايعني أنها قاصرة عليها كما قال بعض الفقهاء (١) . بل إن الأفضلية وثيقة الصلة بطبيعة الحق العيني فهي تلازمه أيا ما كان نوعه . ذلك أن الحق العيني إذ يرد على الشيء فهو يقتضي حتما ، في حدود السلطات التي يخولها ، إقصاء أي مزاحم يعوق مباشرتها . ويجوز لصاحبه أن يباشر حقه على الشيء في مواجهة من يوجد هذا الشيء تحت يده (٢) .

هكذا يظهر لنا أن الحق العيني التبعية يصدق عليه المعيار الذي قدمناه (٣) . إذ هو يرد على شيء أو أشياء معينة في نطاق كيانها الاقتصادي . ومن ثم يتعلق حق الدائن بالمقابل النقدي لهذا الشيء في حدود قيمة دينه .

والعبرة في المعيار المتقدم كما مضت الإشارة هي بمحل الحق . فنكون بصدد حق عيني تبعية إذا كان الالتزام مضمونا بشيء مادي أو أشياء معينة بالذات . وعلى ضوء هذا التحديد سنحدد موقفنا من كل تأمين عيني في موضع

(١) أنظر في هذا المعنى بونكاز ملحق لمطول بودري جزء ٥ ص ٢٠٧ فقرة ١٠٥ وما بعدها شفيق شحاته النظرية العامة للحق العيني ١٩٥١ . قارن في نقد هذا الرأي ديروبيه المرجع السابق الإشارة إليه ص ٢٠٣ - اسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية ص ٣ فقرة ٣ - حسن كبير المرجع السابق ص ٤٧ - محمد علي عرفه شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية الطبعة الثالثة ص ٨ وما بعدها .

(٢) لصاحب حق الانتفاع أن يباشر سلطاته في مواجهة من تلقى ملكية الرقبه وهذا يمثل سلطته في أن يتتبع العقار . كما أن له أيضاً أن يتجاهل حق انتفاع قرره مالك الرقبه لشخص آخر في تاريخ لاحق ، ذلك أن المنتفع يتمتع بالأفضلية التي تخول له إقصاء من يزاحمه .

(٣) راجع فيما تقدم فقرة ٢٥ .

دراسته . ذلك أن من بين التأمينات التي وردت في الكتاب الرابع من التقنين المدني ما لا يتقرر بمقتضاها حق عيني تبعي .

من ذلك مثلا أن المشرع أجاز رهن الديون . أي أن يكون حق الدائن المرتهن مضمونا بدين مستحق للمدين في مواجهة شخص آخر . هنا لا يمكننا التسليم بوجود حق عيني . لأن الحق العيني في تقديرنا لا يرد إلا على شيء مادي معين بالذات (١) . وبالتالي لا يستقيم القول بأن الحق العيني يكون محله حقاً من حقوق الشخصية (٢) . بل كل ما في الأمر أن الدائن المرتهن يستوفي حقه من الدين المرهون مفضلاً على غيره من الدائنين . وبالتالي يشتمل رهن الدين في أداة قانونية تهدف إلى الإفلات من قاعدة المساواة بين الدائنين .

كذلك أيضاً نرى أن حقوق الامتياز العامة لا تخول لصاحبها حقاً عينياً . لأن الحق العيني يقتضي وجود محل معين بالذات . وسيتبين لنا من دراستنا المفصلة لهذه الحقوق أنها لا تعلق حق الدائن بمال معين . بل يظهر أثرها فقط عند التنفيذ على أموال المدين . فإذا كان بين الدائنين دائن يتمتع بحق امتياز عام استوفى دينه مفضلاً على غيره . فالامتياز العام على هذا النحو يخول للدائن الإفلات من قاعدة المساواة بين الدائنين عند التنفيذ . ولكن لا يربط حق الدائن بمال معين . بل تبقى مسئولية المدين في مواجهة الدائن شخصية غير محددة (٣) .

(١) راجع عكس هذا الرأي ويجو الحق العيني تاريخه ونظرياته رسالة من تولوز سنة ١٩١٢
(٢) في هذا المعنى حسن كيره المرجع السابق فقرة ٢٠ - أنظر في تأصيل رهن الديون الموضوع
المخصص لدراستها في الرهن الحيازي .

(٣) يتجه جانب من الفقه إلى أن حقوق الامتياز العامة يتقرر بمقتضاها حق عيني تبعي . أنظر
في هذا المعنى بودان وفواران جزء ١٣ ص ٣٠٠ فقرة ٢٩٢ . بوبلافسكي طبيعة الامتياز في القانون
الروماني والقانون المدني الفرنسي رسالة من بوردو ص ٢٩٨ وما بعدها . ديروي الرسالة السابق
الإشارة إليها فقرة ٣٥٣ وما بعدها . عكس هذا الاتجاه بونكاز ملحق لمطول بودري جزء ٥ فقرة
٧٣ ص ١٢٣ .

على أن استبعاد هذه الصور لا يعنى سوى تأكيدنا للحقوق العينية التبعية ،
على ضوء المعيار الذى ينظر إلى محل الحق بوصفه من الأشياء المادية المعينة .
بالذات .

لذلك لا نرى التسليم بقصر الحقوق العينية على الأصلية منها ، كما اتجه إلى
ذلك جانب من الفقه ؛

٢٧ - الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية :

اتجه جانب من الفقه إلى إنكار وجود الحقوق العينية التبعية (١) . فينحصر
نطاق الحقوق العينية فى الأصلية منها فقط .

ونقطة البداية الجوهرية لدى هذا الفقه هى النظر إلى مضمون الحق العينى .
فهو يسلم مبدئياً بأن هذا الحق لا يرد إلا على الشئ المادى . ولكنه يحصر
مضمونه فى حدود السلطات التى يخولها حق الملكية وهى الاستعمال والاستغلال
والتصرف . وبذلك يتحدد الحق العينى بأنه ذلك الحق الذى يخول لصاحبه
سلطة مباشرة فى الاستفادة من الشئ (٢) . هذا التعريف يصدق على إطلاقه
بالنسبة إلى حق الملكية ، لأنها تتضمن جميع السلطات المتقدمة . وينصرف
أيضاً إلى الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية . أما ما يسمى بالحقوق
العينية التبعية فلا يصدق عليها هذا التعريف . وبعد ، فهذه الحقوق ليست
عينية ، بل إن السلطات التى يزود بها الدائن وهى الأفضلية والتتبع (٣) ليست من

(١) دعا إلى هذا الاتجاه مكسيم شوفو فى مقاله عن التقسيم الجديد للحقوق العينية والشخصية
نشر فى فرنسا بالمجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٩٣١ ص ٥٣٩ . يؤيده فى الفقه المصرى
شفيق شحاته فى كتابه عن النظرية العامة للتأمين العينى ص ١١ وما بعدها . أنظر نقد هذا التأييد
عبد الفتاح عبد الباقي التأمينات الشخصية والعينية ص ٢٧٤ هامش ١ وما بعده جمال الدين زكى
دروس فى التأمينات الشخصية والعينية القاهرة سنة ١٩٥٧ ص ٢١ فقرة ٨ .

(٢) مقال شوفو السابق الإشارة إليه فقرة ٢١ ص ٥٦٥ .

(٣) المقال السابق فقرة ٤٥ ص ٦٠١ . ويتجه الأستاذ شوفو إلى أن الأفضلية والتتبع ليست
من ميزات الحقوق العينية الأصلية راجع فقرة ٨ .

خصائص الحق العيني . وعلى هذا النحو فتوافرها في التأمينات العينية لا يعنى تقرير حق عيني تبعى لصالح الدائن . وإنما يتضمن التأمين العيني معاملة خاصة للدائن تكفل له مركزاً يمتاز به على سائر الدائنين .

هكذا يتجرد التأمين العيني من الحق العيني التبعى الذى يقره الفقه فى مجموعه ويصبح مجرد وصف للالتزام (١) ، يكفل للدائن معاملة خاصة يفضل بها سائر الدائنين .

وأول ما يؤخذ على هذا النظر هو التحديد التحكمى لمضمون الحق العيني ، وقصره فقط على الاستفادة المباشرة من الشيء محل الحق .

جاء هذا التحديد نتيجة حتمية للمنهج الذى ارتضاه هذا الفقه لتحديد معيار الحقوق العينية . فقد سجل انجاهاته من خلال حق الملكية . ومن هنا بدا له أن الحق العيني لا يمكن أن يتجاوز مضمونه الاستغلال أو الاستعمال أو التصرف . ولا يتصور بشأنه إلا استفادة مباشرة تنزع من الشيء . هذه النتيجة مبعثها انحراف فى بداية البحث باتخاذ الملكية كأساس لكل ما يتفرع من حقوق عينية .

وقد بينا من قبل (٢) أن محل الحق العيني هو الشيء منظور إليه فى عناصره الاقتصادية . وحق الدائن يتعلق بهذا الكيان الاقتصادى على نحو يهىء له اقضاء من يراضيه ، ويحول له أن يستوفى دينه منه حتى ولو كان هذا الشيء تحت يد غير يد المدين ، إلا إذا اصطدم بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز . ومن ثم يظهر أن تقرير الحق العيني التبعى يقيد حسق المدين فى ملكية الشيء المحمل به . لأن القيمة الاقتصادية لهذا الشيء تتعلق بها حق الدائن (٣) .

(١) المقال السابق فقرة ٤٨ - شفيق شحاته النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ١٤

(٢) راجع الفقرة ٢٦ فى تطبيق معيار الحقوق العينية على الحقوق العينية النبية .

(٣) يذهب البعض إلى أن الحقوق العينية التبعية هى الأخرى متفرعة عن حق الملكية ، لأن مالك الشيء إذا رهنه مثلاً لم يبق له إلا الكيان المادى للشيء ، وإذا تصرف فيه فهو ينقل ملكيته وقد أنتقص منها قيمتها الاقتصادية فى حدود قيمة حق الدائن المرتهن . أنظر ديرويه الرسالة السابق الإشارة إليها ص ٢٠٨ فقرة ١٨٣ .

وبعد ، فإذا يضيف هذا الوصف الذى يراه الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية (١) . أليس من الأوفق أن نبقى على طائفة عريضة من الحقوق قامت بدور هام فى تأصيل أحكام التأمينات العينية (٢) . فالحق العيني التبعية هو الأداة المحكمة التى يستعان بها على إدراك هدف التأمينات .

هكذا نتخذ موقفاً من هذا الجدل الذى احتدم فى الفقه حول وجود الحقوق العينية التبعية . ونرى ايضاحاً لما تقدم من أحكام أن نجمل الرأى الذى نتتصر له فى صياغة مقترحة للحقوق العينية التبعية .

٢٨ - الصياغة المقترحة للحقوق العينية التبعية :

على ضوء ما تقدم نستطيع أن نحدد معيار الحقوق العينية التبعية على أساس محلها .

محل الحق العيني هو شئ أو أشياء مادية معينة بالذات . على أن حق الدائن يتعلق بالكيان الاقتصادى للشئ ولا يرتبط بكيانه المادى . ومن هنا

(١) يقرر الدكتور شفيق شحاته تأييداً لهذا الاتجاه أنه ينبى عن الاستعانة بفكرة الحلول العيني فى تبرير انتقال حق الدائن المرتهن إلى التعويض أو مبلغ التأمين فى حالة هلاك العقار المرهون (م ١٠٤٩) . ذلك أن التأمين إذا ما اعتبر وصفاً لاحقاً بالدين ، فهو يخول صاحبه التقدم فى حدود قيمة العين المخصصة للوفاء بفترة ١٦ . ونحن نؤيد فكرة الاستغناء عن الحلول العيني هنا ، ولكننا نميل إلى تأصيلها بالابقاء على فكرة الحق العيني التبعية وتحديد مضمونه على أساس أن حق الدائن يرد على القيمة الاقتصادية للشئ ، وبالتالي فله أن ينفذ على أى مقابل نقدي يستحق عن هذا الشئ ، وذلك دون حاجة إلى الاستعانة بفكرة الحلول العيني ، راجع تفصيل ذلك فى دراستنا للرهن الرسمى وبشأنها سنفسر أهمية الحق العيني التبعية فى تفسير كثير من أحكام الرهن .

(٢) اضطر هذا الفقه لتبرير حق الدائن فى تتبع المال المحمل بالتأمين أن يقارب بينه وبين حق الدائن العادى فى استخدام الدعوى البوليصية لتقرير عدم ففاذ تصرف المدين . ووضح ما فى هذه المقاربة من اصطلاح . فالدعوى البوليصية لا يباشرها الدائن العادى إلا بتوافر شروط قاسية أخصها إعسار المدين وغشه وعلم المتصرف اليه بهذا الغش . أما هنا فالتتبع نتيجة طبيعية لتعلق حق الدائن بشئ معين بالذات ، فالمدين إذ تصرف فيه نقل ملكيته مثقلة بالحق العيني المقرر للدائن ، أنظر شفيق شحاته المرجع السابق فقرة ١٧ .

يتحدد مضمون هذا الحق. فهو يرد على المقابل النقدي للشيء فيخول للدائن أن يستوفي منه حقه مفضلاً على غيره من الدائنين .

على هذا النحو يمكن القول بأن الحق العيني التبعية هو تسلط الدائن على القيمة الاقتصادية لشيء أو أشياء مادية معينة بالذات يخول له استيفاء حقه من مقابلها النقدي مفضلاً على غيره من الدائنين ، ومباشرة هذه الأفضلية تحت يد الغير إلا إذا اصطدم التبعية بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز .

نكتفي بهذه الصياغة الموجزة ، ونرجى بيان ما يترتب عليها من تأصيل كثير من أحكام التأمينات العينية إلى دراسة كل تأمين منها على انفراد .

٢٩ - خطة البحث :

آثرنا في عرض النظم القانونية للتأمينات العينية أن نخضع لترتيب التقنين المدني في كتابه الرابع ، ولذا نقسم دراستنا إلى أربعة أبواب .

الباب الأول في الرهن الرسمي .

الباب الثاني في حق الاختصاص .

الباب الثالث في الرهن الحيازي .

الباب الرابع في حقوق الامتياز .

الباب الأول

الرهن الرسمي

٣٠ - تعريف الرهن الرسمي :

يعرف التقنين المدني الرهن الرسمي في المادة ١٠٣٠ بأنه « عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون » .

وقد جرى الفقه في تعريفه للرهن الرسمي على النظر اليه تارة على أنه عقد كما فعل المشرع (١) ، وتارة أخرى على أنه حق عيني تبعي يرتب افضلية وتبعا (٢) . ولكلا النظيرين جانب من الصحة . على أننا نميل إلى تأسيس التعريف على فكرة النظام القانوني .

فالرهن الرسمي نظام قانوني يهدف إلى تخصيص الدائن ضد مخاطر عدم تنفيذ الالتزام وخضوعه لقاعدة المساواة بين الدائنين ، وذلك بتزويده بحق عيني تبعي على عقار ، بواسطة تعاقد يتم بينه وبين الراهن . ويستطيع بمقتضى هذا الحق استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار المرهون في أي يد يكون .

ويقوم الرهن الرسمي بدور فعال في تدعيم الائتمان . فهو نظام قانوني يبعث الثقة في نفس الدائن . وعاء الائتمان هنا هو العقار ، وهو بحكم طبيعته ليس

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد أنه « يطلق الرهن على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي ينشئه هذا العقد . فالرهن عقديتم بين الراهن والدائن المرتهن » الجزء السابع من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠ .

(٢) راجع عبد الفتاح عبد الباقي التأمينات الشخصية والعينية ص ٢٨٣ .

من اليسير أن يتصور هلاكه . على أن العقارات المبنية من المتصور تلفها أو هلاكها . ولكن التشريعات الحديثة حدثت من هذا الخطر بمنح الدائن أفضلية على المقابل النقدي للهلاك أو التلف سواء كان ذلك هو عوض التأمين أو التعويض الذي دفعه المسئول عن الهلاك أو التلف . بل وإن الصياغة التي تخيرناها للحقوق العينية التبعية بوصفها ترد على القيمة الاقتصادية للعقار تخول للدائن أن يستوفي حقه من المقابل النقدي للعقار المرهون أيا ما كان مصدر هذا المقابل (١) .

أما لو كان العقار أرضا ، فلعل ذلك وحده كاف لجعل هذا الائتمان مأمون العاقبة . فليس من المألوف أن تتلف الأرض أو تهلك ، إلا في أحوال استثنائية كزوال أو حرب تستخدم فيها الطاقة الذرية . ولكن الخطر الوحيد المحتمل هو هبوط القيمة الاقتصادية للعقارات ، وهو إن تحقق في الغالب من الأمر لا يصيب العقارات وحدها بل يمتد إلى الحالة الاقتصادية في كافة فروع نشاطها .

٣١ - المصالح التي يمسها الرهن الرسمي :

موقف المشرع من الرهن الرسمي كنظام قانوني للائتمان يتحدد بالمصالح التي يمسها هذا النظام . ودوره هو التوفيق بين تلك المصالح بالقدر الميسور حتى تأتي أحكامه محققة لهدف الرهن الرسمي .

يمس الرهن الرسمي مصالح الدائن أولا ، ثم المدين ثانياً . وأخيراً يتصل بمصالح الغير . والغير هنا هو من يتعامل مع الدائن أو مع المدين بصفة خاصة (٢) .

أما مصلحة الدائن فتتمثل في رغبة واضحة في الحصول على تأمين يضمن له استيفاء حقه إذا عجز المدين عن الوفاء . وبقدر ما يتضمن التأمين من أحكام

(١) أنظر ما سيأتى في دراسة وعاء الأفضلية .

(٢) أنظر موريل محاضرات في القانون المدني مع التعمق في آثار الرهن - باريس ١٩٤٢ -

تحقق رغبة الدائن ، يزداد إقباله على منح الاثمان . ومن هنا رتب له المشرع على العقار المرهون حقا عينياً تبعياً يخول له أفضلية على مقابله النقدي ، ويمكنه من مباشرة هذه الأفضلية حتى ولو انتقل العقار إلى يد أخرى غير يد الراهن . بل ويتعين على المشرع أن ييسر مباشرة هذا الحق بمقتضى إجراءات سريعة لا تكلف نفقات باهظة ، لإجراءات من شأنها رفع قيمة العقار إلى الحد الأقصى . هكذا تتمثل مصالح الدائن في أداة تضمن له استيفاء دينه ويتحقق ذلك بالحق العيني التبعي المقرر له ، وإجراءات فعالة تكفل له أن يستوفيه كاملاً .

أما عن مصلحة المدين فالمشرع أمامها بين عاملين متعارضين . فهو من ناحية يريد وضع المدين في مركز يبعث على الثقة ويشجع على منح الاثمان . وهنا تتلاقى مصلحة المدين مع الدائن في وجوب وضع أحكام تيسر إجراءات الرهن الرسمي وتحقق هدفه . ومن ناحية أخرى يجب على المشرع الحرص على مصلحة المدين بتوجيه نظره إلى خطورة ما قد يفرض عليه رهن عقاراته ، وبالحد من إصرافه في هذا الشأن . من هنا قدر المشرع أن رهن العقار رهنأ رسمياً لا بد أن يفرغ في عقد رسمي ، وذلك لتنبيه المدين إلى خطورة التصرف الذي يقدم عليه . كذلك وضع قاعدة جوهرية تحكم الرهن الرسمي وترمي إلى المحافظة على مركز المدين والحد من شططه في رهن عقاراته . هذه هي قاعدة تخصيص الرهن التي سنفصل أحكامها فيما بعد . وتناخص في وجوب تحديد العقار المرهون تحديداً دقيقاً وبيان قدر الدين المضمون بياناً واضحاً . بل وعنى المشرع بتقرير بطلان كل رهن يتقرر على مال مستقبل (م ١٠٣٣ الفقرة الثانية) . والغاية من ذلك كله هي الحد من شهوات مدين مسرف يستجيب إلى أهوائه دون تبصر .

أخيراً يتصل الرهن الرسمي اتصالاً وثيقاً بمصالح الغير . ونعني بالغير هنا بصفة خاصة كل من يتعامل مع المدين معاملة قانونية تتصل بالعقار المرهون (١)

(١) أنظر في تحديد معنى الغير في الرهن الرسمي جان ماري أوسيل « دراسة في معنى الغير في القانون المدني الفرنسي » - رسالة إلى كلية حقوق مونبلييه ١٩٥٢ . ص ١١٦ وما بعدها .

سواء كان ذلك بقصد اكتساب ملكية هذا العقار أو بقصد تقرير رهن عليه . ولعله من الواضح أن مصلحة هذا الغير هي أن يكون على بينة من أمر ملكية المدين لهذا العقار . بل وأن يحاط علماً بكافة ما تقرر على هذا العقار من حقوق عينية تبعية تخول للدائنين آخرين استيفاء ديونهم بالأفضلية من المقابل النقدي للعقار . وبعبارة أخرى من صالح الغير أن يقف على الحالة القانونية للعقار وعلى كافة ما تقرر عليه من حقوق عينية أصلية أو تبعية . وكل ذلك لا يتيسر تحقيقه إلا بنظام شهر محكم ، يهيء لمن يتعامل مع المدين الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بالعقار بواسطة إجراءات سريعة مبسطة .

كذلك تظهر مصلحة الغير في العلم بقدر الدين المضمون بالحق العيني التبعية المقرر على العقار ، وذلك سواء كان هذا الغير يريد شراءه أم يريد ارتثانه . فإذا كان يريد شراءه ، تبدو أهمية العلم بقدر الدين المضمون لتحديد موقف المشتري من الوسائل التي هيأها له القانون لتحرير العقار من الرهن (١) . وإن كان الغير يريد ارتثانه فمصلحته ظاهرة في الوقوف على قدر الدين حتى يستطيع تقدير فرصته في الاستفادة من المقابل النقدي للعقار في استيفاء حقه .

ولذلك تكفل المشرع بتحقيق العلم بالدين المضمون بواسطة قاعدة تخصيص الرهن . هذا التخصيص يرد أولاً في التعاقد ، ثم يشترط ثانياً في قائمة القيد التي تقدم للشهر العقاري .

٣٢ - خصائص الحق الذي يقرر لصالح الدائن المرتهن

جوهر نظام الرهن الرسمي بوصفه من النظم القانونية للتأمينات العينية أنه يكسب الدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً . بل لعل هذا الحق هو الأداة القانونية التي بمقتضاها يكفل الرهن الرسمي تحقيق هدف التأمينات على أكمل صورة . ذلك أنه يحصن الدائن ضد مخاطر عدم تنفيذ الالتزام ، ويحجبه الخضوع لقاعدة

(١) أنظر ما سبق في دراسته في موقف حائز العقار المرهون رهناً رسمياً :

المساواة بين الدائنين . على هذا النحو يتيسر لنا إبراز الخصائص التي تميز حق الدائن المرتهن .

أول هذه الخصائص أن الدائن يكتسب حقاً عينياً . هذا الحق العيني باعتباره من حقوق الضمان الخاص يوصف بأنه حق تبعي . ويضيف الفقه عادة في هذا الشأن أن الحق هنا لا يتجزأ ، وأنه حق عقارى . فلتأمل إذن في هذه الخصائص المتعددة .

يمتاز الحق الأول بأنه عينى .. نصت المادة ١٠٣٠ صراحة على هذه الخصيصة الأولى بقولها « الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً » (١)

تبين لنا من تحديد معيار الحقوق العينية ، أن هذا المعيار يصدق أيضاً على الحقوق العينية التبعية (٢) . وبذلك يمكن القول إن حق الدائن المرتهن على العقار المرهون هو حق عينى . محل هذا الحق هو العقار المرهون ، وبعبارة أدق هو الكيان الاقتصادى لهذا العقار . ومضمون هذا الحق ، أى السلطات التى يتمتع بها الدائن المرتهن ، ينحصر له استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار المرهون . وهذه الأفضلية يباشرها الدائن حتى ولو انتقل العقار إلى يد أخرى ويعبر عن هذه السلطة بالتتبع .

يظهر لنا أن هذا الحق يختلف فى مضمونه عن الحقوق العينية الأصلية ، التى تتضمن سلطات الاستغلال والاستعمال والتصرف بالنسبة إلى حق الملكية

(١) وفى هذا الشأن تقرر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن حق الرهن « ساقطة للدائن على العقار المرهون يستوفى بمقتضاها الدين من ثمن هذا العقار ، فإن استوفاه فى مواجهة دائن آخر سعى هذا تقدماً ، وإن استوفاه فى مواجهة من انتقلت ملكية العقار المرهون إليه سعى هذا تبعياً » - أنظر الجزء السابع من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠ .

(٢) راجع ما تقدم فى تحديد معيار الحقوق العينية ، وتطبيقه على الحقوق التبعية ونقد الفقه المنكر لها فقرة ٢٦ ، ٢٧ .

أو بعض هذه السلطات فقط بالنسبة إلى الحقوق المتفرعة عن الملكية كالانتفاع والارتفاق .

على أنه ينبغي الإشارة إلى أن حق الدائن المرتهن يحد من سلطات مالك العقار المرهون . فهو يرد على القيمة الاقتصادية ويحول للدائن استيفاء دينه من مقابله النقدي . هكذا تنقيد سلطات المالك . فهو لم يعد حراً في الانتفاع بالعقار على نحو مطلق كما لو كان غير مرهون . يتضح ذلك من نص م ١٠٤٧ من التقنين المدني الذي يقضي بأن الراهن يلتزم بسلامة العقار المرهون ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، بل وله في حالة الاستعجال اتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك .

هذا الحكم يفيد صراحة أن يد المالك على العقار لم تعد طليقة . ذلك أن حق الدائن قد تعلق به (١) . ومن ثم يمتنع على المالك أن يستعمل العقار أو يستغله على نحو يضر بمصالح الدائن المرتهن ، وذلك بانقاص التأمين أو إضعافه بل وإذا تصرف المالك الراهن في العقار المرهون إلى شخص آخر ، فإن الدائن المرتهن ، يستطيع أن ينفذ على هذا العقار في مواجهة من اكتسب ملكيته ، ويسمى بجائز العقار المرهون (٢) . وتعتبر سلطة الدائن المرتهن نتيجة طبيعية للحق العيني الذي اكتسبه على الكيان الاقتصادي للعقار المرهون .

(١) وفي المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فقرات تكشف عن إرادة المشرع في التقريب بين حق الدائن المرتهن الذي يكتسب حقاً عينياً تبعياً على العقار ، وحق المشتري الذي يكتسب حق الملكية إذ جاء فيها « يلتزم الراهن بترتيب حق الرهن على العقار المرهون لمصلحة الدائن المرتهن كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية إلى المشتري ، وتضيف إلى ذلك أن الراهن « يلتزم » كالبائع أيضاً بضمان التعرض والاستحقاق ، فلا يجوز له أن يقوم بأى عمل من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن ، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب » . هكذا تنقيد سلطات المالك على العقار ومرد ذلك أن الحق العيني المقرر للدائن المرتهن قد حدد من سلطاته .

(٢) راجع دراستنا المفصلة في آثار الرهن الرسمي وبيان موقف حائز العقار ازاء الدائن المرتهن

يلاحظ مما تقدم أننا آثرنا في تحديد مضمون الحق العيني التبعي الذي يتقرر لصالح الدائن المرتهن أن نطلق صياغة الأفضلية فجعلناها شاملة للمقابل النقدي للعقار المرهون ، وليست قاصرة على الثمن .

هذه الصياغة تجنبنا الالتجاء إلى الحلول العينية حيث لا تدعوا الحاجة إليه (١) وفي هذا القول ما يبرره . ذلك أن ثمن العقار المرهون هو الترجمة النقدية المألوفة للقيمة الاقتصادية لهذا العقار . ومن المسلم به أن حق الدائن المرتهن يخول له مباشرة الأفضلية على هذا الثمن . وليس في نظرنا إذن ما يمنع من القول بأن هذه الأفضلية يتسع نطاقها ، فيستطيع الدائن أن يباشرها في كل مرة يستحق لصالح العقار مقابل نقدي يمثل قيمته الاقتصادية ، أيا ما كان مصدر استحقاقه ، سواء كان ذلك مبلغ تأمين في حالة هلاكه أو تلفه ، أو مبلغ تعويض أداه من تسبب في الهلاك أو التلف ، أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيه للمنفعة العامة ، أو غير ذلك من صور المقابل النقدي .

أفصححت عن هذا الاتجاه م ١٠٥٦ من التقنين المدني بقولها « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار » . والنص الفرنسي أصدق في عبارته ، وأكثر استجابة إلى تحديد مضمون الأفضلية على النحو الذي نتجه إليه . فترجمته العربية تعبر عن معنى الدين ، أي المقابل النقدي الذي استحق للمالك كمقابل للعقار المرهون .

وقد جاءت الصياغة الفرنسية على النحو الآتي :

Les créanciers hypothécaires seront payés sur le prix de l'immeuble ou sur la créance qui s'y est substituée.

لذا كنا نفضل أن يسجل المشرع المصري هذا الاتجاه في تعريفه للرهن

(١) أنظر هذا الرأي في رسالة اسماعيل غانم السابق الإشارة إليها فقرة ٥٢ ص ٩٢ وما بعدها وراجع في مناقشة مختلف الآراء التي قيلت في هذا الشأن رسالة منصور مصطفى منصور إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ١٩٥٣ « نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المصري » لنا عودة مفصلة في دراسة حق الأفضلية إلى موقف المشرع المصري من الحلول العيني في الرهن الرسمي .

الرسمى فى م ١٠٣٠ باستعمال عبارة المقابل النقدى بدلا من كلمة ثمن العقار ،
مادام أنه استجاب إلى هذه الفكرة فى المادة ١٠٤٩ ، والمادة ١٠٥٦ .

هذه الصياغة المقترحة لمضمون الأفضلية تتفق بصفة خاصة مع الفكرة التى
قدمناها ، وهى أن حق الدائن المرتهن لا يرد على العقار فى كيانه المادى ، ولكنه
ينصب على القيمة الاقتصادية التى يمثلها هذا العقار ، والتى تعتبر عنصرا هاما
فيه . والترجمة النقدية ، أيا ما كان مصدرها ، لهذه القيمة الاقتصادية يتعلق
بها حق الدائن المرتهن فيباشر عليها الأفضلية .

الرهن الرسمى يزود الدائن اذن بحق عينى . على أن هذا الحق قد تقرر ضمانا
لوفاء بدين من الديون ، ومن هنا تظهر الحصصية الثانية وهو أنه حق تبعى .

يمتاز هو المراتب بأنه هو تبعى . وبعد فالتبعية فى التقنين المصرى من
الأفكار الرئيسية التى انعكست على أحكام التأمينات بصفة عامة . على هذا
النحو تتمثل التأمينات فى نظم قانونية لا تمس الحاجة إليها إلا بإسنادها إلى
الالتزام صحيح . ولا يتاح تطبيقها إلا ببقاء الالتزام واستمراره ، ومن ثم تزول
الحكمة من تقريرها بانقضاء هذا الالتزام .

تضمنت المادة ١٠٤٢ بشأن الرهن الرسمى المعانى المتقدمة ، فنصت على أن
الرهن لا ينفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له فى صحته وفى انقضائه
مالم ينص القانون على غير ذلك . ثم جاءت المادة ١٠٨٢ فى انقضاء الرهن
فرددت هذا الحكم قائلا بأن « حق الرهن الرسمى ينقضى بانقضاء الدين
المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال
بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق
وعودته » .

هذه التبعية التى يتصف بها الحق العينى المقرر للدائن المرتهن غنية بالنتائج
وسنشير إليها فى إيجاز . على أنه تنبغى الإشارة إلى عدم المبالغة فى أمر هذه
التبعية ، فهى لا تنطبق على إطلاقها ، بل يصيبها بمض القيود . ويظهر ذلك

بصفة أخص في بعض التقنيات الأجنبية، مثل التقنين السويسري والألماني ،
التي اعتنقت نظاماً قانونية نظرت فيها إلى الرهن الرسمي نظرة مستقلة أصيلة .

١ - من حيث وجود الالتزام : يفرض منطق التبعية إلى القول بأن الحق
العيني المخول للدائن المرتهن لا يترتب إلا من وقت وجود الالتزام . مع ذلك
قضى المشرع في المادة ١٠٤٠ بجواز ترتيب الرهن ضماناً للدين مستقبل أو دين
احتمالي أو ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار بشرط أن يحدد في عقد
الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه . وكان المشرع
قد أجاز إذن ترتيب الرهن قبل نشوء الدين . بل ذهب إلى أبعد من ذلك فقرر
أن الدائن المرتهن يكتسب حقه على العقار المرهون وتحتسب مرتبته في مواجهة
الغير من تاريخ قيد الرهن حتى ولو لم يكن الدين المضمون قد نشأ بعد (م
١٠٧٥ من التقنين المدني) .

هذا خروج ظاهر عن فكرة التبعية . ولكن يحد من إطلاقه أن المشرع
اشترط تعيين قدر الدين أو في القليل حده الأقصى . وبعد فالرهن بطبيعة الحال
إذ ينشأ لا يستطيع الدائن بمقتضاه أن يباشر السلطات التي يخولها له الحق العيني
إلا بعد نشأة الدين . ولعل الحكمة من تقرير مرتبة سابقة على نشأة الدين ، هي
التيسير على المدين في الحصول على ائتمان ، لاسيما وأن التعامل بشأن فتح اعتماد
أو حساب جار يتم مع المصارف ، وهذه لا تظمن في منح ائتمانها إلا بضمانات
خاصة محكمة تكفل استيفاء ما يستحق لها من ديون .

٢ - من حيث صحة الالتزام وسلامته : غنى عن البيان أن الحق الناشئ
عن الرهن لا يضمن إلا الالتزام الصحيح . فإذا كان الالتزام باطلاً بطلاناً
مطلقاً ، أو قابلاً للإبطال وقضى ببطلانه ، فإن حق الرهن يزول ولا يمكن
أن يظل قائماً بلا التزام صحيح يضمنه .

٣ - من حيث انتقال الالتزام : لو تم هذا الانتقال من ناحية إيجابية أي
من دائن إلى دائن آخر بواسطة حوالة الحق ، أو من ناحية سلبية أي من مدين

إلى آخر عن طريق حوالة الدين ، فإن ذلك لا يؤثر على بقاء الرهن . بل يظل الدائن الجديده مزودا بحق الرهن في مواجهة المدين ، ويبقى الدائن في حوالة الدين مستفيدا من حق الرهن في مواجهة المدين الجديده . هذا هو ما يستفاد صراحة من نص م ٣٠٧ في حوالة الحق ، والمادة ٣١٨ في حوالة الدين .

٣ - من حيث انقضاء الالتزام : أخيراً تمتد تبعية الحق المقرر للدائن المرتهن فتصدق على انقضاء الالتزام .

إلى هذا أشارت المادة ١٠٨٢ بقولها إن « حق الرهن الرسمي ينقضي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته » .

ينعكس أثر انقضاء الدين إذن على الرهن ، فيزيل الحق العيني المقرر للدائن المرتهن على العقار . على أنه ينبغي الإشارة هنا إلى أن انقضاء الالتزام بالوفاء لا يزيل حق الرهن ، إذا كان هذا الوفاء مقروناً بحلول اتفاق أو قانوني . والعلة في ذلك أن الموفى يحتل مركز الدائن المرتهن فيطالب المدين بأداء ما وفاه . وتكون هذه المطالبة مكفولة بكافة التأمينات التي تضمن الوفاء بالالتزام . وفي هذا تنص المادة ٣٢٩ على أن « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع » . على أنه يمكن أن نقرر في هذا الشأن أن الحكم المتقدم لا يهدم فكرة التبعية ، بل لعله يستجيب إلى حكمها . ذلك أن الالتزام وإن كان قد انقضى من ناحية فنية ، إلا أن الوفاء هنا مقترن بالحلول . بل إن الموفى لا يقدم على الوفاء إلا وهو مطمئن إلى احتلاله مركز الدائن .

كذلك نشير إلى حكم خاص بتجديد الالتزام المقيد في حساب جاري . ومقتضاه أن مجرد تقييد الالتزام في حساب جاري لا يعتبر تجديدًا لهذا الالتزام . بل يجب حتى يقع التجديد أن يقطع رصيد الحساب أو يتم إقراره . ومع ذلك

ورغم أن الالتزام ينقضى هنا بالتجديد ، يظل الرهن الذى كان يكفله باقياً
يضمن الوفاء بالالتزام الناشئ عن قطع الرصيد او إقراره (١) .

وسنعود إلى دراسة انقضاء الرهن بطريق التبعية بعد الفراغ من دراسة
انشائه وآثاره . وتقنع فى هذا الصدد ببيان بعض صور التبعية والخروج عنها .

هذه هى باختصار أهم النتائج المترتبة على تبعية حق الدائن المرتهن . وبعد
فهذه التبعية وإن كانت من الأفكار الرئيسية التى وجهت المشرع المصرى فى
صياغة أحكام التأمينات ، إلا أنها ليست صفة جوهرية لا يتصور قيام التأمين
العينى بدونها . ويظهر ذلك بوضوح من النظر إلى بعض التقنيات الأجنبية ،
فقد أقرت نظاماً قانونية يتقرر الرهن الرسمى بمقتضاها غير مرتبط بوجود
الالتزام معين يكفله .

فهناك أولاً نظام المراتب الحالية الذى أخذ به التقنين السويسرى . وصورته
أن يقرر المدين للدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار المرهون لضمان الوفاء بدين
معين مفضلاً على غيره من الدائنين . منطق التبعية يقضى بأنه إذا انقضى هذا
الدين زال الرهن بما كان يكفل من أفضلية لصاحبه فى مواجهة الدائنين
المرتهنين الآخرين ، بمعنى أن الدائن الذى كان يحتل المرتبة الثانية يصبح فى
المرتبة الأولى ، والذى كان يشغل الثالثة ينتقل إلى الثانية وهكذا . ولكن المشرع
السويسرى بمقتضى نظام المراتب الحالية أجاز للمدين الراهن أن يحتفظ لنفسه
بالمرتبة التى زالت عن الدائن الذى انقضى دينه ، وأن يستفيد من هذه المرتبة
الحالية . فله أن يستدين من دائن جديد ويدعوه لاحتلال هذه المرتبة . وبذلك
يكتسب هذا الدائن الجديد أولوية على كل الدائنين القدامى . ذلك هو نظام
من النظم التى اعتنقها تقنين أجنبي وتخلى فيه عن فكرة التبعية التى تلازم الرهن
الرسمى فى مصر .

(١) راجع نص م ٣٥٧ من التقنين المدنى فى صور الاتفاق على نقل التأمينات التى كانت تكفل
الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد .

نجد أيضاً في ألمانيا نظام الديون العقارية . وبمقتضاه يقرر الشخص رهنا مباشراً على عقار يملكه وباسمه . وهو رهن يتقرر دون أن يوجد أى التزام يضمه أصحابه . فالمالك ليس مديناً على وجه الإطلاق . وهو يظل مترتباً برهنه يستخدمه في الوقت المناسب لصالح أحد دائنيه في المستقبل . هذا هو ما يسمى بنظام الديون العقارية . وهو رهن مجرد يقرره المالك لصالحه . فإذا ما خصص هذا الرهن لضمان الوفاء بالتزام ينشأ فيما بعد ، فإن انقضاء هذا الالتزام أو بطلانه لا يؤثر على بقاء الرهن ، بل يستمر لصالح المالك . والطريف في أمر هذا الرهن أنه يحدد من مسئولية المالك فيحصيها في نطاق القيمة المالية للعقار المرهون . لذلك يقال إنه إذا تقرر في ورقة معينة ، فهو تعبير عن قيمة العقار المالية . وفي نطاق هذه القيمة ومن يوم تقرير الرهن ، يكتسب الدائن حقه على العقار . وبعبارة أخرى يكون العقار ممثلاً في قيمته المالية هو المستول عن الوفاء فقط (١) .

قصدينا بصفة خاصة من استعراض هذه الأمثلة بيان أن الرهن الرسمي قد يتجرد من التبعية ، ويقوم مستقلاً بذاته كما هو الحال في تلك النظم القانونية التي أخذت بها بعض التقنيات المعاصرة . أما في مصر فالرهن حق عيني تبعي ، وهو إلى جانب ذلك حق لا يتجزأ .

هو الدائره المرهونه لا يتجزأ : جاء ذكر هذه الخصيصة في نص المادة ١٠٤١ من التقنين المدني بقولها إن « كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها . ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك » (٢)

هذه المادة تترجم عن قاعدة مقتضاها أن حق الرهن يتعلق بالعقار في كل جزء من أجزائه ، وذلك للوفاء بالدين بأكمله . وتطبيقاً لذلك لو خصص

(١) أنظر موريل محاضرات في القانون المدني مع التعمق آثار الرهن بباريس ١٩٤٢ ص ١٠ وما بعدها .

(٢) راجع بودان وفواران جزء ١٣ ص ٣١٨ .

العقار لضمان الوفاء بدين قدره ألف جنيه . ثم باع المدين جزءاً من هذا العقار ، فالجزء المباع يضمن الوفاء بالدين كله ، والجزء الباقي لدى الراهن يضمن أيضاً هذا الوفاء . ولو قام المدين بدفع نصف الدين ، فبقى عليه مبلغ خمسمائة جنيه ، يظل العقار بأكملة ضامناً للوفاء بهذا المبلغ . هذا كله ما لم يقضى الاتفاق أو ينص القانون على خلاف ذلك . فعدم تجزئة الرهن وإن كان من طبيعته فهو ليس من مستلزماته . وبناء عليه يقع صحيحاً اتفاق الدائن مع المدين على تحرير جزء من العقار من الرهن ، مقابل وفاء المدين بجزء من الدين .

كذلك قد يجيز القانون هذه التجزئة . وهو ما يحدث مثلاً إذا اشترى شخص جزءاً من العقار المرهون وعرض على الدائنين قيمة تقديرية لهذا الجزء فقبلوها . هنا يتحرر هذا الجزء من الرهن المقرر عليه (١) كما سنبين بالتفصيل في دراسة التطهير .

أخيراً يجيز هذه الدائن المنحصر بأنه هو عقارى : وقد أشارت إلى هذه الحصص م ٨٣ بقولها « يعتبر ، إلا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار — ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية » .

يستفاد من نص هذه المادة أن تحديد الصفة العقارية للحق العيني وثيقة الصلة

(١) تستفاد أيضاً هذه التجزئة من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٤٢ ويسمى قانون تجزئة الضمان . وقد صدر خاصاً بتيسير الوفاء بالديون العقارية فخرج عن قاعدة عدم التجزئة في نطاق معين . وتقضى أحكام هذا القانون أن من يملك حصة مفرزة في أرض زراعية مرهونة رهناً رسمياً ضماناً للوفاء بدين يستحق أدائه على أقساط ، له أن يدفع للدائن النصيب المترتب على أرضه من أقساط وفوائد ومصاريف (المادة الأولى) . فإن دفع تحررت حصته من الرهن بصفة مؤقتة ، بمعنى أنه إذا لم يكن التنفيذ على الحصص الأخرى كافياً للحصول على ما تبقى من الدين بأكمله ، جاز للدائن أن يعود على مالك الحصة المحررة مؤقتاً لينفذ عليه . وكان هذا القانون يمنح للمالك الذى يؤدي الأقساط المستحقة عليه ، محددة على أساس نسبة الحصة المملوكة له إلى الأرض الباقية ، حقاً قريباً من الدفع بالتجريد ، فله أن يمنع الدائن من التنفيذ على حصته مادام الجزء الباقي من الأرض يكتفى للوفاء بالدين .

بمحل هذا الحق . فهو يعتبر حقا عقاريا إذا كان واردا على عقار . وتطبيقا لذلك يرتب الرهن الرسمي للدائن المرتهن حقا عقاريا .

ومما تجسدر الإشارة اليه أن هذا القول لا يستقيم مع الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية ، والذي يرى في التأمينات العينية مجرد أوصاف للالتزام (١) . على أن الصفة العقارية لحق الرهن لم ينكرها فقط الفقه الذي لا يقرو وجود الحقوق العينية التبعية . بل عارضها بعض الفقهاء الآخرين بحجة أن حق الرهن تابع للالتزام ، ومن ثم ينبغي أن تخلع عليه صفة الالتزام . على أن هذا الاتجاه لا يستأهل في مصر نظراً خاصاً . فالمرشح أقرب بأن الدائن يتمتع بحق عيني ، وقرر صراحة في م ٨٣ بأن كل الحقوق العينية الواردة على العقار هي حقوق عينية عقارية (٢) .

٣٣ - فقرة البحث

الآن وقد فرغنا من تعريف الرهن الرسمي وبيان خصائصه نعالج أحكام الرهن الرسمي . ونعقد في هذا الشأن ثلاثة فصول .

نخصص الفصل الأول لإنشاء الرهن الرسمي ، والفصل الثاني لآثاره ، والفصل الثالث والآخر لزواله .

(١) راجع ما تقدم في مناقشة هذا الفقه فقرة ٢٨ .

(٢) أنظر بودان وفواران جزء ١٣ ص ٣٤٥ فقرة ٣٠٤ راجع أيضاً محمد علي عرفة شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية الجزء الأول ص ١٠٣ فقرة ٨٢ - حسن كبره الحقوق العينية الأصلية - ١ في حق الملكية ص ٤٩ .

الفصل الأول

إنشاء الرهن الرسمي

٣٤ - تقسيم :

تبين لنا فيما تقدم أن الرهن الرسمي نظام قانوني يحس مصالح متعددة .
فهناك أولاً مصلحة الدائن المرتهن ، ثم مصلحة المدين وهو في الغالب من الأمر
الذي يقدم العقار المرهون . على أن هذا ليس هو الفرض الوحيد ، فسرى
أن الراهن قد يكون شخصاً غير المدين ، وهو ما اصطلاح الفقه والتقنين على
تسميته بالكفيل العيني . وأخيراً تتعلق بالرهن الرسمي مصالح الغير . والغير
هو بصفة خاصة كل من يتعامل مع الراهن معاملة قانونية بشأن العقار المرهون ،
وبصفة أخص كل من يكتسب عليه حقاً عينياً أصلياً كان أم تبعياً .

على هذا النحو تتضمن دراسة إنشاء الرهن أحكاماً تجمع بين مختلف هذه
المصالح التي كثيراً ما تتعارض . ومن ثم تتعقد مهمة المشرع ، وينصرف
جهده إلى الموازنة بين المصالح وترجيح أجدرها بالرعاية .
يقتضى بحثنا إذن تحليل هذه الأحكام . وينبغي في هذا الشأن البدء بالأحكام
المتصلة بعلاقة الدائن بالمدين الراهن ، أو الراهن بصفة عامة مديناً كان أو غير
مدين . ثم ننتقل في مبحث ثانٍ إلى الأحكام التي تمس مصالح الغير والتي شرعت
لحمايته .

ونستطيع منذ الآن أن نقرر ، أن الرهن الرسمي ينشأ بواسطة عقد يتم بين
الدائن والراهن . هذا العقد يرتب للدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً على العقار
المرهون . على أن هذا الحق حتى يحتاج به في مواجهة الغير لأبد وأن يستكمل
عنصر العلانية ، ويتمثل في التشريع المصري في نظام القيد بالشهر العقاري .

هكذا نخصص لدراسة إنشاء الرهن مبحثين : -

المبحث الأول - في الأحكام المتصلة بعلاقة الدائن بالراهن .

المبحث الثاني - في الأحكام المتعلقة بمصالح الغير .

المبحث الأول

الأحكام المتصلة بعلاقة الدائن بالراهن

٣٥ - مخرج المشرع في الرهن عن القواعد العامة في رهن الغفود

خصصت التقنيات المعاصرة للإرادة مكانا مرموقا في ترتيب الآثار القانونية فالإرادة هي قوام التصرف القانوني . بل والقاعدة العامة أن هذه الإرادة حرة في وسيلة التعبير عما ترمى إليه . فالمشرع الحديث لا يعرف هذه التصرفات التي تعتد بالشكل فقط . بل يعنيه دائما أن يكون هذا الشكل ترجمة عن إرادة ناضجة واعية . غاية ما في الأمر أن هناك من التقنيات ما ينظر إلى شكل التعبير على أنه مجرد وسيلة لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجي ، ومن ثم فإن جاءت هذه الوسيلة غير مطابقة للواقع فلا يعتد بها . وهناك تقنيات أخرى افترضت أن هذا الشكل الخارجي تعبير صادق عن الإرادة الحقيقية ، لا بد من الأخذ به تأميننا لاستقرار المعاملات .

والقاعدة العامة للتعبير عن الإرادة في التقنين المصري هي إطلاق حرية الإرادة في اختيار شكل التعبير عنها . غير أن المشرع في أحوال قليلة أحاط هذا التعبير بسياج من الرسمية ، بحيث إذا لم يتخير المتعاقدان فقد العقد عنصرا أساسيا من عناصر تكوينه . وعقد الرهن الرسمي ، من العقود التي قدر المشرع وجوب إفراغها في شكل رسمي . على أن هذه الرسمية يجب أن تستند إلى عنصر جوهري يتصل بتعاقد مستكمل لأركانه وشروط صحته من الناحية الموضوعية . ومن هنا يجب علينا النظر في الأحكام الموضوعية أولا ، ثم في شكل التعبير عن الرضاء . هكذا ينقسم بحثنا إلى عنصر جوهري يتعلق بالأحكام الموضوعية ، وعنصر شكلي يتصل بالرسمية التي يجب أن يفرغ فيها الرضاء .

الطلب الاول

العنصر الجوهرى - الأحكام الموضوعية فى إنشاء الرهن الرسمى

٣٦ - المسائل التى تعالجها :

لن نشير فى بحثنا لهذا العنصر إلى الأحكام العامة فى الرضاء كتلك التى تتصل مثلا بسبب التعاقد أو عيوب الرضا . بل نكتفى هنا بالعناية بما يتصل بالرهن الرسمى من أحكام خاصة . وفى هذا الشأن نتوقف أمام شخص الراهن ، والالتزام المضمون ، والعقار المرهون .

أولاً - الراهن

٣٧ - الراهن :

عنى المشرع بشخص الراهن فى م ١٠٣٢ فقره أنه « يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين ، وفى تلك الحالات يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه » .

أول ما ينبغى ملاحظته على حكم هذه المادة أنه لا يشترط أن يكون الراهن هو المدين . بل قد يقدم شخص آخر عقاراً مملوكاً له ضماناً للوفاء بدين الغير . هذا الشخص يسمى بالكفيل العيى . وسيظهر لنا من الأحكام التى ستعرض أن الكفيل العيى فى الغالب من الأمر يخضع لنفس الأحكام التى تنظم مركز المدين الراهن ، إلا فى صور محددة سنعى بإبرازها فى موضعها .

هذا الراهن سواء كان هو المدين أو غيره يجب أن يتوافر فيه شرطان :

١ - أن يكون أهلا للتصرف فى العقار المرهون (٢ - أن يكون مالكا

لهذا العقار .

٣٨ - أهلية الراهن^(١) :

تنقسم الأعمال القانونية بشأن الأهلية ، إلى أعمال نافعة ، وأعمال ضارة ،
وأعمال دائرة بين النفع والضرر ، ويدخل الرهن الرسمي في حظيرة الأعمال
التي تدور بين النفع والضرر . وعلى هذا النحو يجب أن تتوافر لدى الراهن
أهلية التصرف في العقار المرهون (م ١٠٣٢ مدني) .

تطبيقاً لما تقدم يقع رهن الصبي غير المميز باطلاً بطلاناً مطلقاً . ورهن
الصبي المميز الذي أدرك سن السابعة باطلاً بطلاناً نسبياً . ويأخذ المجنون والمعتوه
حكم الصبي غير المميز . ويخضع السفه وذو الغفلة لحكم الصبي المميز .

ويراعى في هذا الشأن ما جاء بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢
الخاص بالولاية على المال . وقد نص في مادته السابعة أن الولي إذا كان هو

(١) قد تكون ملكية الشخص للعقار مقرونة بشرط مانع من التصرف . هذا الشرط يلزم
لصحته أن يكون مبنياً على باعث مشروع ، وأن يكون المنع من التصرف محدداً بمدة معقولة ،
ووارداً في عقد أو وصية . وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الشرط . فاتجه رأي
إلى أن المنع من التصرف ينتقص من أهلية المالك ، ويعيب هذا الرأي أنه لا يتسق مع أحكام
الأهلية ، ذلك أن هذا الانتقاص إذا أصاب أهلية الوجوب فعني هذا تقرير البطلان المطلق لتصرف
المالك في العقار المخالف لشرط المنع ، وفي هذا مجاوزة للغاية من تقرير الشرط . وإذا أصاب
أهلية الأداء ، فنطق هذا الحكم يقضي إلى إمكان وجود نائب عن المالك الممنوع مباشر عنه
التصرف وهذا يهدر الحكمة من قيام الشرط . والرأي الذي يبدو لنا صائباً هو الذي يقضي بأن
شرط المنع من التصرف يتضمن قيوداً على سلطات المالك . هذا القيد لا ينبغي أن يتجاوز الهدف
من تقريره ، وهو حماية مصلحة مشروعة لمن تقرر الشرط لصالحه ، وبقدر هذا الهدف يتحدد
نطاق المنع من التصرف والجزاء المترتب على مخالفته .

(أنظر في هذا المعنى اسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ص ٥٩ فقرة ٣١ ، حسن كبير الحقوق العينية
الأصلية ص ٢٦٨ وما بعدها) . وعلى ذلك فلا يعتبر الشرط الذي يمنع المالك من التصرف أنه قيد وارد على أهليته .
وإنما يتحدد نطاقه بالغاية من تقريره . وتطبيقاً لذلك لا يجوز لمالك العقار إذا كان ممنوعاً من
التصرف فيه إلى الغير ، أن يقرر عليه رهناً رسمياً ، لأن الرهن قد يقضي إلى بيع العقار إذا لم
يدفع المدين الدين المضمون بهذا الرهن . (أنظر في الشرط المانع من التصرف أيضاً والجزاء الذي يلحق
مخالفته - عبد المنع البدر أوى في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٦٥ وما بعدها - محمد علي عرفه في الملكية
فقرة ٢٧٣ - شفيق شحاته في النظرية العامة للحق العيني رقم ٩٥ وما بعده) .

الأب فلا يجوز له أن يتصرف في العقار المملوك للقاصر الذي تزيد قيمته على ثلثائة جنيه إلا بإذن المحكمة . وأطلق هذا الحكم أياً ما كانت قيمة العقار ، حتى ولو قلت عن ثلثائة جنيه ، بالنسبة إلى الولي إذا كان هو الجلد ، فألزمه دائماً باستئذان المحكمة (م ١٥ من المرسوم سالف الذكر) .

أما الوصي فقد ألزمه المشرع في المادة ٣٩ من المرسوم المتقدم بالحصول على إذن المحكمة في جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

ولما كان الرهن يعتبر من أعمال التصرف بصريح النص المادة ١٠٣٢ من التقنين المدني ، فيمتنع إذن على الولي أو الوصي رهن عقار القاصر ، إلا بإذن المحكمة ، مع استثناء الأب بالنسبة للعقارات التي لا تزيد قيمتها عن ثلثائة جنيه (١) .

٣٩ - ملكية الراهن للعقار المرهون - المسائل التي تعالجها :

قضت المادة ١٠٣٢ صراحة ، كما مضت الإشارة ، بوجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . ويلزم توافر هذا الشرط سواء كان الراهن

(١) ويلاحظ في هذا الشأن أن الرهن إذا كان مقدما من الغير لضمان الوفاء بدين المدين ، فهو هنا قد يعتبر من أعمال التبرع ، إذا كان الكفيل العيني يقوم بمجرد إسداء خدمة إلى المدين . وعلى هذا النحو يخضع رهن الكفيل العيني إلى الأحكام المتعلقة بأهلية التبرع . وبذلك يقع رهن الصبي المميز لعقار من عقاراته ضمانا للوفاء بدين الغير باطلا بطلانا مطلقاً إذا قصد به مجرد إسداء خدمة للمدين . وبشأن الولاية والوصاية نصت المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بالنسبة إلى الولي ، والمادة ٣٨ بالنسبة إلى الوصي أنه لا يجوز لأي منهما التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وإذن من المحكمة . راجع عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٩٧ هامش ١ . كما أنه تنبهي الإشارة أيضا إلى الحكم الوارد في م ١٣ من المرسوم الماكور والذي يقضي بأنه لا تسري القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آت للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال .

هو المدين ذاته . أو الكفيل العيني الذي يقدم عقاره ضمانا للوفاء بالتزام المدين . ولعل مسلك المشرع في تقرير هذا الشرط يستجيب إلى أن الرهن يكسب الدائن المرتهن حقا عينيا تبعا على العقار ، وأن الحقوق العينية التي يكون مصدرها العقد ، لا يجوز أن تنقرر إلا برضاء مالك العقار (١)

وبذلك تابع المشرع منطقته فخصص المادة ١٠٣٣ لحكم رهن ملك الغير وهو أول المسائل التي ينبغي أن نواجهها بالبحث فيما يلي .

على أن ملكية الراهن للعقار المرهون لا تتوافر دائما في صورتها البسيطة العادية . فهي أحيانا تكون ملكية احتمالية ، كما هو الحال في الملكية المعلقة على شرط واقف . وأحيانا أخرى تكون ملكية غامضة ، كما هو الحال في الملكية الشائعة . ومثل هذه الصور تثير التساؤل عن جواز رهن العقار الذي علقت ملكيته على شرط واقف ، أو اتصفت بالشيوع ، ومدى خروجه على اشتراط تملك الراهن للعقار المرهون .

كذلك قد يصدر الرهن ممن يظهر بمظهر المالك دون أن تثبت له هذه الصفة في الحقيقة . ويبدو لأول وهلة تناقض صحة مثل هذا الرهن مع وجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . فهل يصح إذن رهن المالك الظاهر . هذه مسألة جديرة بالبحث بين مختلف المسائل التي نعالجها الآن .

ويدق الأمر أيضا في صور الملكية المهددة التي يتحدد مصيرها بالزوال ، إما لكونها معلقة على شرط فاسخ تحقق ، أو لتجريد المالك الراهن من سنده بسبب البطلان أو الفسخ أو أي سبب آخر .

(١) بيدان و فوران ج ١٣ فقرة ٣٧٤ ص ٣٨٨ .

ولما كان منطق الأثر الرجعى يفضى إلى أن الراهن لم تثبت له الملكية أصلا : فعندئذ يعرض البحث فى نطاق حماية الدائن المرتهن حسن النية من هذا الزوال الرجعى للملكية : ومدى خروج هذه الحماية عن اشتراط تملك الراهن للعقار المرهون .

اخيرا تكتمل مسائل بحثنا بالنظر فى حكم رهن المباني المقامة على أرض الغير . وهنا ايضا تثور شبهة الاستثناء من شرط تملك الراهن للعقار المرهون . ذلك أن احكام الالتصاق تشير بتمليك صاحب الأرض لما يقام عليها من منشآت . وبالتالي يكون صدور الرهن من الباني ، هو تقرير لحق الرهن من غير مالك . على أن تحليل نص القانون فى هذا الصدد سيكشف لنا عن الصفة الوهمية لهذا الاستثناء .

هذه هى المسائل التى نعالجها فيما يلى ، ونجملها الآن على النحو الآتى : -

- ١ - رهن ملك الغير ٢ - يجوز أن تكون ملكية الراهن احتمالية ٣ - يصبح أن تكون ملكية الراهن شائعة ٤ - رهن المالك الظاهر ٥ - حماية الدائن المرتهن حسن النية من زوال الملكية بأثر رجعى ٦ - رهن المباني المقامة على أرض الغير .

٤٠ - رهن ملك الغير (١)

نصت المادة ١٠٣٣ على ما يأتى :

- ١ - إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح

(١) راجع بصفة خاصة فى هذا الموضوع مقال بيير جيو عن « أعمال التصرف الواردة على ملك

الغير ، منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٤ ص ١ وما بعدها .

صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الاقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن .

٢ - ويقع باطلا رهن المال المستقبل (١) .

نفترض في الصورة التي نعالجها أن الراهن تعاقد باسمه وحسابه مع الدائن المرتهن على رهن عقار مملوك للغير . وبذلك نستبعد الصور التي يكون فيها الراهن نائبا عن مالك العقار ، وأقدم على رهنه متجاوزا حدود نيابته ، أو تلك التي يتصرف فيها الراهن باسم المالك دون أن يكون مزودا بسند شرعي للنيابة . فمثل هذه الصور لا يشملها نص المادة ١٠٣٣ ، وإنما تخضع للقواعد العامة في النيابة .

كذلك أيضا نقصي من نطاق الصورة التي نبحث فيها الآن ، تعهد الراهن بالحصول على موافقة مالك العقار بنقل الملكية إليه توطئة لتقرير حق الرهن ، أو تعهده بحمل المالك على الرضاء بالرهن . إذ في مثل هذه التعهدات نكون

(١) جاء في مذكرة المشروع التمهيدى تعليقا على المادة المقابلة للمادة ١٠٣٣ ما يأتي « فإن كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا . وقد انحرف المشرع في هذا الحكم عن التقنين الحال (م ٦٣/٥٦٨٧) الذي يجعل رهن الأموال المستقبلية باطلا بطلانا مطلقا دون تمييز بين عقار معين وبين عقار غير معين . وقد أراد المشرع بجعل الرهن في العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلانا نسبيا أن يوحد في الحكم ما بين بيع ملك الغير (م ٦٣٢ من المشروع) ورهن ملك الغير رهنا رسميا (م ١٤٤٠ من المشروع) ورهن ملك الغير رهن حيازة (م ١٥٣١ من المشروع) لفقرة ٢ من المشروع) لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع . وفي هذه الفروض الثلاثة يميز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشتري أو الدائن المرتهن) .

كما يجيزه اقرار المالك الحقيقي أو انتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن وإذا كان العقار المرهون مالا مستقبلا معيننا بالذات وغير مملوك للراهن ، فإن الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا أما إذا كان الرهن واقعا على عقار لم يعين بالذات ، واقتصر الراهن على رهن ماعى أن يملكه في المستقبل من عقار ، فإن الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن . ولم ير المشروع ادخال أى استثناء على هذا الحكم على خلاف ما ورد في التقنين الفرنسي (أنظر المواد ٢١٣٠ - ٢١٣١ من هذا التقنين) .

أنظر في رهن المال المستقبل دراستنا التالية للشروط الواجب توافرها في العقار المرهون .

ازاء عقد من العقود غير المسماة التي تحكمها القواعد العامة في نظام التعهد عن الغير .

ولا يدخل في نطاق بحثنا ايضا رهن العقار المملوك على الشيوع . فهو يخضع لأحكام خاصة تقتضي استقلال دراسته ، على ضوء التصوير الذي نتخيره لفكرة الاثر الكاشف والاثـر الرجعي للقسمة .

وأخيرا نرجىء مؤقتا النظر في الرهن الصادر من المالك الظاهر . فهو اذ يبدو لأول وهلة خاضعا لحكم رهن ملك الغير ، إلا أن هناك اعتبارات متصلة بحماية الأوضاع الظاهرة تبرر استقلال دراسته ، للبت في جواز هذه الحماية ومداها .

على ضوء ما تقدم يتحدد نطاق الصورة التي نعالجها بالفرض الذي يرهن فيه الشخص عقارا مملوكا لغيره ، ويكون الرهن غير نافذ في حق المالك .

تحليل وتأصيل حكم المادة ١٠٣٣ استحدث المشرع في التقنين المدني الجديد الحكم الوارد في المادة ١٠٣٣ بشأن رهن ملك الغير . وكان التقنين القديم خاليا من نص مقابل . وبذلك تأثر الفقه المصري بالاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسي .

وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا . ورتبوا هذا البطلان على حكم المادة ٢١٢٩ التي تعالج مبدأ تخصيص الرهن . فهي تفيد بطريقة ضمنية وجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . ولئن جاز الشك في صلاية هذا الاستدلال (١) ، فإن الحاجة القاطعة عندهم

(١) انظر مقال جيو السابق الاشارة اليه ص ١٤ . وهو ينتقد الحجة المستفادة عن نص م ١/٢١٢٩ . اذ يرى أن الاشارة الواردة فيها بشأن تملك الراهن للعقار المرهون إنما اشارة عرضية غير مقصودة لانها . ولكنها جاءت بمناسبة تقرير مبدأ تخصيص الرهن . وتحديد العقار المرهون .

أنظر بلانيول وريبيروبيكيه ج ١٢ فقرة ٥٣٠ ص ٤٥٣ وما بعدها وفيه: يقرر المؤلف =

هي أن المشرع الفرنسي يقرر بطلان رهن المال المستقبل بطلانا مطلقا. وبطلان مثل هذا الرهن ينصرف إلى الرهن الوارد على الأموال التي تؤول إلى الراهن مستقبلا بدون تحديد . كما يتضمن أيضا الرهن الذي يكون محله عقارا معيناً لم يتسلكه الراهن بعد . أي أن البطلان المطلق يلحق رهن المال المستقبل سواء كان هذا المال محددًا أو غير محدد ، مادام غير مملوك للراهن .

تأثر الفقه عندنا بهذا الاتجاه في ظل التقنين القديم ، فاعتبر رهن ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا ، تأسيساً على نص المادة ٦٨٧/٥٦٣ التي كانت تقضي بأن رهن العقارات التي تؤول إلى الراهن في المستقبل باطل . وعلى هذا النحو استخلص الفقه من هذا الحكم كافة الآثار التقليدية للبطلان المطلق (١) .

= ان ملكية الراهن للعقار المرهون ليست مجرد شرط شخصي للأهلية، بل هي شرط قانوني ليدرك الرهن غايته من الائتمان . ويترتب على عدم توافره أن تتخلف في الرهن الضمانات الواجبة . وبالتالي يصيبه عيب جوهري ، ويكون البطلان المطلق هو الجزاء عليه . وذلك بخلاف بيع ملك الغير الذي يلحقه البطلان النسبي فقط .

ويترتب على ما تقدم أن الرهن يظل باطلا حتى ولو اكتسب الراهن ملكية العقار بالبيع أو الميراث . وعندئذ يجوز فقط إنشاء رهن جديد إذا رضى بذلك الراهن ، ولا ينتج هذا الرهن أثره إلا من وقت انشائه فهو لا يعتبر تصحيحاً للرهن السابق . ولا يزول البطلان المتقدم باقرار المالك الحقيقي للرهن . إنما يجوز اعتباره هذا الاقرار بمثابة رهن جديد ، بشرط أن يفرغ في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون . وهو لا ينتج أثره في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيده .

ولما كان هذا البطلان مطلقا ، فالاحتجاج به جائز من كل ذي مصلحة . والمصلحة تتوافر للمالك الحقيقي وخلفائه . بل ويصبح التمسك بالبطلان أيضا من الراهن ذاته وخلفه العام ، حتى ولو كان سبب النية عند إنشاء الرهن . وإذا آلت ملكية العقار للراهن فيجوز أيضا الاحتجاج ببطلان الرهن من جانب دائنيه العاديين ، أو خلفه الخاص الذي انتقلت إليه ملكية العقار أو اكتسب عليه أي حق عيني آخر .

وغني عن البيان أن الدائن المرتهن يستطيع المطالبة بالاداء الفوري للالتزام المضمون بالرهن ، أو في القليل يقتضى إنشاء رهن صحيح مقابل الإبقاء على أجل تنفيذ الإلتزام .

راجع أيضا بيدان وفواران ج ١٤ فقرة ٧٨١ ص ١٨٢ .

(١) محمد كامل مرسي « الموجز في التأمينات » طبعة سنة ١٩٣٩ فقرة ٢٥١ .

ثم جاء التقنين المدني الجديد فقضى على مذهب البطلان المطلق بشأن رهن ملك الغير بصفة خاصة ، والتصرفات الواردة على ملك الغير بصفة عامة . وليس أدل على ذلك من نص المادة ١٠٣٣ الذى يجيز تصحيح رهن ملك الغير باكتساب الراهن للملكية العقار المرهون ، أو اقرار المالك الحقيقي للرهن . وإذا ما استبعدنا البطلان المطلق ، فهل يكون جزاء رهن ملك الغير هو البطلان النسبي اذن ؟ هذا هو ما ذهبت اليه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، وأيده جانب من الفقه (١) .

يبدو لنا أن هذا التكييف لا يطاوع النتائج التقليدية التى تترتب على البطلان النسبي عادة (٢) . اذ من المعروف أن التصرف القانونى الباطل بطلانا نسبيا هو بمعنى أدق تصرف قابل للإبطال ، أى أنه منتج لكافة آثاره القانونية حتى يتمسك بالبطلان من شرع لمصلحته . والمعروف ايضا أن إجازة صاحب المصلحة تزيل عن التصرف القانونى العيب الذى أصابه ، وتؤكد صحته فى الماضى والمستقبل .

فهل يستجيب رهن ملك الغير إلى هذه النتائج المتقدمة . الواقع أننا إزاء تصرف قانونى محل التعاقد فيه عقار مملوك لشخص أجنبى عن العقد . وبالتالي فهو تصرف لا ينفذ فى حقه .

(١) انظر ج ٧ من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٤ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١٦ فقرة ٢١٢ - قرب وقارن محمد على امام ص ٢٤٠ فقرة ١٤٩ .

(٢) راجع فى هذا المعنى ايضا جمال الدين زكى ص ٢٠٢ - قرب محمد على امام المرجع السابق ص ٢٤١ .

انظر ايضا جميل الشرقاوى فى رسالته عن « نظرية بطلان التصرف القانونى » ص ٢٩٣ فقرة ١٠٣ بشأن بيع ملك الغير . وهو يشير بصفة عامة إلى استبعاد جزاء البطلان بنوعيه من التصرفات الواردة على ملك الغير . ويتجه إلى نطاق نظرية الفسخ للأخذ بالحلول التى يقترحها . راجع بصفة خاصة فى بيع ملك الغير منصور مصطفى منصور العقود المسماة « البيع والمقايضة والايجار » ص ٢٤٢ وما بعدها - اسماعيل غانم مذكرات فى العقود المسماة « عقد البيع » ص ٢٠ وما بعدها . وهما يتفقان فى أن قابلية بيع ملك الغير للإبطال لا يستند إلى أى أساس فى القواعد العامة . وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية لحكمة توخاها المشرع .

أما الدائن المرتهن وهو أحد طرفي التعاقد صاحب المصلحة في البطلان ، فإنه لا يملك أن يجعل هذا العقد منتجاً لآثاره بمجرد سكوته عن التمسك بالابطال . بل وهو لا يستطيع أيضاً تصحيح العقد بإجازة تصدير منه . والمعروف أن العقد الذي يكون قابلاً للابطال . يمكن تصحيحه بإجازة من تقرر الابطال لصالحه .

هكذا يتضح لنا عصيان البطلان النسبي بأحكامه التقليدية عن الاستجابة إلى أحكام رهن ملك الغير .

والواقع أن النص الذي أتى به المشرع المصري لا يمكن اسناده إلى حكم القواعد العامة في البطلان المطلق أو النسبي .

فليس في القواعد العامة في انعقاد العقد وصحته ما يمكن الاستناد إليه للقول ببطلان الرهن لجرد أن الراهن لم يكن مالكا للعقار المرهون وقت التعاقد . وكل ما يمكن أن يؤدي إليه منطق القواعد العامة هو حق الدائن في التمسك بسقوط أجل الوفاء بالالتزام ، تطبيقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة ٢٧٣ التي تقضي بسقوط هذا الأجل إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات .

ولا يجوز القول ببطلان الرهن على أساس استحالة المحل باعتبار أن الراهن وقت التعاقد كان يستحيل عليه تنفيذ التزامه . ذلك أن الاستحالة التي يترتب عليها البطلان المطلق هي وفقاً للقواعد العامة الاستحالة المطلقة ، أي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تقضي بذلك المادة ١٣٢ ، بحيث لا يمكن لأي شخص أن يقوم بهذا الالتزام . أما استحالة محل الرهن فهي استحالة نسبية أو قاصرة . إذ أن هناك شخصاً في وسعه أن يقرر حق الرهن على العقار وهو المالك الحقيقي . والاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً وفقاً للقواعد العامة .

ومن ناحية أخرى لا يمكن رد بطلان رهن ملك الغير إلى فكرة الغلط . فهو إن صدق في حالة ما إذا كان الدائن المرتهن حسن النية يجهل عند التعاقد عدم ملكية الراهن للعقار ، فهو لا يصدق في حالة علمه بأن الراهن

لا يملك العقار . ويبدو أن المشرع يجيز للدائن المرتهن أن يتمسك بالابطال في هذه الحالة الأخيرة . ذلك أن نص المادة ١٠٣٣ جاء عاما في التعبير عن عدم صحة الرهن دون تفرقة بين دائن يعلم أو يجهل عدم ملكية الراهن للعقار . فضلا عن ذلك فإن المذكرة الايضاحية تشير إلى فكرة تحقيق الانسجام التشريعي بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير . والمسلم في بيع ملك الغير أن للمشتري الحق في طلب ابطال العقد ، حتى ولو علم عند التعاقد بعدم ملكية البائع للمبيع (١) .

وفي رأينا أن المشرع المصري في رهن ملك الغير استخدم أداة تجاوز الهدف الذي يتطلع إلى ادراكه . فالهدف هو وجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . فهل يعتبر البطلان النسبي لرهن ملك الغير هو الأداة القانونية الملائمة لادراك هذا الهدف ؟

إذا نظرنا إلى المالك الحقيقي فإن القول بعدم نفاذ التصرف في مواجهته يكفي وحده . لحمايته . وعلى هذا النحو لا يتأثر حقه على العقار ، ولا حق خلفه العام أودائيه العاديين ، أو خلفه الخاص الذي يكتسب أي حق عيني على العقار . وعدم النفاذ يستفاد من القواعد العامة دون حاجة إلى تدخل المشرع .

وإذا اتجهنا إلى الدائن المرتهن لوجدنا الأمر لا يخلو من أحد فرضين . فهو إما أنه يجهل عدم ملكية الراهن للعقار المرهون ، وهنا يحق له التمسك بابطال العقد وفقاً للقواعد العامة في الغلط . وإما أنه تعاقد مع الراهن وهو عالم أنه غير مالك . وعندئذ ليس هناك مبرر لتمكينه من التمسك بالابطال ، مادام على علم بأن العقار غير مملوك للراهن . وكل ما يستطيع أن يفعله ، هو مطالبة الراهن بالحصول على ملكية العقار ، أو الحصول على اقرار المالك الحقيقي بالرهن ، وإلا فله حق التمسك بسقوط الأجل والمطالبة بالأداء الفوري لئلا التزام ، تطبيقا

(١) انظر منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٤٧ - امبايل غانم المرجع السابق ص ٢٥ - وانظر بالنسبة لرهن ملك الغير عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣١٩ وما بعدها .

لحكم المادة ٢٧٣ الذى يقضى بسقوط الأجل إذا أخل المدين بتقديم ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات .

أما مسلك المشرع في اعتبار العقد قابلاً للإبطال بصفة عامة فهو في الحقيقة يتجاوز الهدف الذى أراد ادراكه . إذ أن رهن ملك الغير لا يمكن أن يعتبر في ذاته عقداً معيباً من الوجهة الفنية .

وكنا نفضل أن يستخدم المشرع صياغة أخرى تحقق غايته ، بدلاً من ابتداء صورة مصطنعة للبطلان ، وهي صياغة نستعيرها من القانون الإيطالى . فقد نصت المادة ٢٨٢٢ من هذا القانون على أنه « إذا أنشأ الرهن شخص غير مالك الشيء ، فإنه لا يجوز اجراء القيد إلا من الوقت الذى يصبح فيه الراهن مالكا لهذا الشيء » (١) .

وواضح من النص المتقدم أن المشرع الإيطالى لا يرى في رهن ملك الغير أى عيب يبرر بطلانه (٢) ، إلا بتطبيق القواعد العامة في الغلط بطبيعة الحال .

(١) انظر مقال بيير جيو السابق الاشارة اليه ص ٣٧ و هامش ٤ .

(٢) يذهب اتجاه معاصر في الفقه الالماني والإيطالى إلى تقسيم التصرفات القانونية التي تشتمل آثارها إلى طائفتين ، وفقاً لطبيعة العقبة التي تعوق ترتيب هذه الآثار . الطائفة الأولى هي التصرفات القانونية التي تصاب بعيب أصيل يكن فيها ، وبالتالي يعوق ظهورها إلى عالم القانون . وهنا يتعلق الأمر بسلامة التصرف وصحته . والطائفة الثانية هي التصرفات التي يتوافر لها وجود قانوني ، والتي تلزم أطرافها ، ولكن العيب الذي ينسب إليها يعوق ترتيب آثارها . وهذا العيب بطبيعته جائز الزوال . وعندئذ تترتب كافة الآثار التي ينتجها التصرف ، دون حاجة إلى إعادة إبرامه . (انظر في شأن هذا التقسيم المراجع الإيطالية والالمانية المذكورة في مقال جيو السابق الاشارة اليه ص ٧ هامش ١١٨) . ويقرر صاحب المقال أن المنطق القانوني يبحث يقضى بأن شروط سلامة التصرف هي التي تتعلق بالعنصر الانشائي فيه . وتدور فقط حول الارادة ، أى الشروط المتصلة بوجود وتلاقى وصدق رضاء المتعاقدين . ويلحق بها ايضاً شرط الأهلية ، والشروط الشكلية بوصفها مقرررة لحماية الرضاء . وفيما عدا ذلك فهو يخرج عن نطاق الرضاء ويعتبر من قبيل الشروط اللازمة فقط لترتيب آثار التصرف القانوني . على أن المشرع ، وفقاً للسياسة التي يترسمها ، قد يدخل على شروط السلامة شروطاً أخرى بتحديد القانون . وعندئذ لا يكون البطلان فقط هو الجزاء =

وكل ما في الأمر أن مثل هذا العقد تتعطل آثاره بالنسبة للغير حتى يصبح الراهن مالكا . عندئذ يجوز قيد الرهن ، ويمكن الاحتجاج به على الغير .

وأما اقرار المالك الحقيقي للرهن فهو أمر يستفاد من القواعد العامة دون حاجة للنص عليه . فالشخص يجوز أن يرهن عقارا مملوكا له ضمانا للوفاء بالتزام على عاتق شخص آخر . وفي مثل هذه الحالة لا ينتج الاقرار أثره إلا من وقت قيد الرهن على اسم مالك العقار .

الطبيعي على تخلف عنصر انشائي في التصرف القانوني . وإنما قد يعتبر جزاء مخالفة شرط فرضه القانون . ويخلص صاحب المقال من تحليله إلى أن وجوب تملك الراهن للعقار المرهون لا يعتبر من الشروط الانشائية للتصرف القانوني ، وإنما هو شرط لازم فقط لترتيب الآثار القانونية للرهن . وهو يتأثر في هذا الاتجاه بفكرة أن ملكية الراهن (أو المتصرف عامة) للعقار المرهون (أو الشيء محل التصرف عامة) أساسها أن الشخص يجب أن يكون صاحب ولاية في التصرف ، أي أن يكون متمتعاً بسلطة قانونية تجعل تصرفه منتجا لآثاره . (انظر تحليل هذا الاتجاه عند الفقيه الايطالي بتي - مذكور في مقال جيرو ص ٥ هامش ١٢) . فإذا تخلفت هذه الولاية أو السلطة تتعطل الآثار القانونية للتصرف دون أن يكون باطلا . وتتحرك هذه الآثار بأكملها إذا زالت العقبة فأصبح المتصرف مالكا للشيء الذي تصرف فيه بالبيع أو الرهن .

قرب وقارن شفيق شحاته فقرة ٩٢ وما بعدها - حيث يرى أن « الرهن الصادر من غير المالك يعتبر عقدا موقوفا لا صحيحا ولا باطلا » (ص ٨٢) . وانظر في نقد هذه المحاولة عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣١٨ هامش ١ .

وفي تقديرنا أن هذه المحاولة لها وجهاتها . فهي تشعر بأن الجزاء الذي ارتضاه المشرع في مصر لرهن ملك الغير ، يتجاوز الهدف الذي سعى إلى إدراكه . فهو لم يكن بحاجة إلى النص على عدم صحة مثل هذا التصرف . وكان الأولى به أن يقرر ، كما ذكرنا في المتن ، أن رهن ملك الغير لا يجوز اجراء قيده إلا إذا تملك الراهن العقار المرهون ، أو أقر المالك الحقيقي الرهن . وإذا كان الدائن المرتهن غير عالم بأن الراهن غير مالك ، فله أن يتمسك بالابطال وفقاً للقواعد العامة في الغلط . وإذا كان على علم بذلك ، فلا مبرر لاعطائه حق الابطال . ويكفي عندئذ أن يحتكم للقواعد العامة ، فيلزم المدين بالحصول على ملكية العقار ، أو رضاء المالك بالرهن ، أو تقديم ضمان عيني آخر . فإن لم يتيسر ذلك كله جاز له التمسك بسقوط الأجل والمطالبة بالأداء الفوري للالتزام وفقاً لنص المادة ٢٧٣ .

على أن صراحة المشرع في النص على عدم صحة رهن ملك الغير قد الجأتنا ، كما ذكرنا في المتن ، إلى التسليم بفكرة البطلان ، وتكييف الجزاء على أنه بطلان خاص من صنع القانون .

طبيعة بطلان رهن ملك الغير: على ضوء ما تقدم يبدو لنا أن المشرع المصري جاوز بنص المادة ١٠٣٣ الغاية التي يسعى إلى تحقيقها. وأياً ما كان الأمر، وإزاء وجود هذا النص في أحكام القانون الوضعي، فإننا نرى أن الجزاء الوارد فيه ليس هو البطلان المطلق (١)، ولا هو البطلان النسبي بنتائج التقليدية، وإنما هو جزاء خاص أو نوع خاص من البطلان ابتدعه القانون، متمشياً مع نص المادة ١٠٣٢، الذي يقضى بوجوب أن يكون الرهن مالكا للعقار المرهون. وهو جزاء حدد المشرع نطاقه بقدر ما أصاب الرهن من عيب. فإذا زال العيب ارتفع فوراً الجزاء. ويزول العيب بتملك الراهن للعقار المرهون، أو إقرار المالك الحقيقي للرهن.

تصحيح رهن ملك الغير : يجوز تصحيح الرهن في حالتين عرض بهما المشرع في المادة ١٠٣٣ : ونجمل القول فيهما على النحو الآتي : -

(١) أنظر سليمان، رفس التأمينات العينية في التفتين المدنى الجديد فقرة ٤٣ - حيث يقرر أن رهن ملك الغير لا يتفق حكمه في القانون لامع حكم البطلان المطلق ولا مع حكم البطلان النسبي - ويرى تأصيل هذا الرهن عن طريق نظرية تحول العقد الباطل التي وردت في المادة ١٤٤ من التفتين المدنى والتي تنص على أنه « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ». وتطبيقاً لحكم هذه المادة يمكن تحويل عقد رهن ملك الغير الباطل إلى عقد وعد بالرهن ، ويترتب على عقد الوعد نشوء التزام على عاتق الراهن ، وهو التزام بالعمل على تقرير حق الرهن . فإذا صار الواعد مالكا تم ما تعهد به ، وإذا لم يكسب الواعد الملكية ، فهو يوفى بتمهده وذلك بحمل المالك على إقرار التصرف ، فإن فعل انقضى التزامه الشخصى المترتب على الوعد ونشأ الرهن بإقرار المالك مباشرة . وبذلك يكون رهن ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة محله . ولكنه يتحول إلى وعد بالرهن إذا لم يتمسك المرتهن بالبطلان ، وحينئذ لا يترتب عليه نشوء حق الرهن إلا إذا وفى الراهن بالتزاماته الشخصية بأن كسب ملكية المرهون أو حمل مالكة على إقرار الرهن . ويبدو لنا أن هذه المحاولة لتأصيل حكم رهن ملك الغير تأثرت بالحرص على الاستناد إلى حكم ورد في القواعد العامة للبطلان . ولكن يلاحظ عليها أن رهن ملك الغير لا يتيسر التسليم ببطلانه بطلاناً مطلقاً لاستحالة محله . فالحل موجود ومحدد بالذات ويمكن التنفيذ عليه . ولكن النقص ينصب على تخلف شرط استلزمه المشرع في الراهن وهو أن يكون مالكا للعقار المرهون. تخلف هذا الشرط يصيب العقد بجزاء يتحدد قدره بالعيب الذى أصاب الرهن ، ويرتفع بزوال هذا العيب وذلك باكتساب الراهن ملكية العقار المرهون ، أو إقرار المالك الحقيقى للرهن .

١ - الحالة الأولى - اكتساب الراهن ملكية العقار المرهون : يزول العيب الذى يهدد سلامة الرهن باكتساب الراهن ملكية العقار . عندئذ يصبح العقد صحيحا ، ويمتنع على الدائن المرتهن التمسك بإبطاله .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن الحق العيني الذى يكتسبه الدائن المرتهن على العقار لا يترتب إلا من وقت اكتساب الراهن ملكية العقار المرهون. وهو لا يحتج به على الغير إلا من تاريخ اجراء قيده على اسم المالك الجديد (١) .

٢ - الحالة الثانية - اقرار الرهن من المالك الحقيقى : يترتب على اقرار المالك الحقيقى للرهن توافر شرط ملكية الراهن للعقار المرهون ، و بالتالى زوال العقبة فى صحة التصرف القانونى .

وقد اشترط القانون أن يكون الاقرار فى ورقة رسمية أسوة بالعقد الاصلى (٢) ،

(١) قد يتعرض حق الدائن المرتهن فى هذا الصدد للخطر . ويتحقق ذلك إذا لم يتيسر له العام باكتساب الراهن ملكية العقار المرهون ، وبادر الراهن بمجرد كسب ملكية العقار إلى تقرير رهن عليه لصالح دائن آخر واجراء قيد هذا الرهن .

والمفروض أن الرهن الأول كان صحيحا مادام الدائن المرتهن لم يتمسك بإبطاله ، وأن اكتساب الراهن ملكية العقار يؤكد هذه الصحة ويزيل العيب عن التصرف . فإذا افترضنا أن الرهن كان مقيدا على اسم الراهن قبل اكتسابه ملكية العقار ، فهل يمكن الاحتجاج بهذا القيد على أى دائن مرتهن آخر تقرر له حق الرهن على العقار بعد حصول الراهن على ملكية العقار .

هذا هو ما يذهب إليه بعض الشراح الفرنسيين باعتبار أن الدائن المرتهن الأخير لا يتعرض لاية مفاجأة من القيد السابق . فنظام القيد فى فرنسا شخصى يجرى على اسم الراهن . وبذلك فالدائن المرتهن الثانى فى وسعه أن يعلم بوجود الرهن الصادر من المدين قبل تملك العقار - انظر بيير جيو المقال السابق الذكر ص ١٧ - بهذا المعنى ايضا شافنتو « التأمينات العينية على ملك الغير » رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ ص ٦٦ .

ويستجيب هذا رأى إلى تكييف هؤلاء الشراح لملك الراهن للعقار على أنه تأكيد لصحة الرهن القديم ، وليس تقريراً لرهن جديد .

وغنى عن البيان أن مثل هذا الرهن لا يسرى فى مواجهة أى شخص اكتسب حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً من المالك الحقيقى للعقار . ذلك أن رهن ملك الغير لا يسرى فى حق المالك الحقيقى ، وخلفه العام والخاص .

(٢) انظر فى نقد اشتراط الشكل الرسمى للاقرار شفيق شحاته ص ٧٩ .

وعندئذ يصبح مالك العقار كفيلا عينيا ، لأنه قبل رهن عقار مملوك له ضمانا للوفاء بالتزام على عاتق الغير .

ولا يجوز الاحتجاج بهذا الاقرار على الغير إلا إذا أجرى قيد الرهن على اسم مالك العقار (١).

وغنى عن البيان أن اقرار المالك للرهن لا يجوز أن يضر بالغير الذي اكتسب منه قبل ذلك حقا عينيا على العقار ، تم شهره وفقا للقانون .

والاقرار المنتج لآثاره هو الذي يصدر من المالك الحقيقي قبل تمسك الدائن المرتهن بإبطال العقد . والرأي السائد أن الاقرار الذي يحرم الدائن من حق الابطال ، هو الذي يصدر قبل أن يرفع الدعوى . أما إذا صدر بعد رفع الدعوى ، فهو لا يمنع المحكمة من القضاء بالابطال ، باعتبار أنها تنظر الدعوى بالحالة التي كانت عليها وقت رفعها (٢) .

وقد يبدو لأول وهلة أن الدائن يتخلف مصلحته في التمسك بالابطال بمجرد اقرار المالك الحقيقي للرهن ، وأنه يرحب بهذا الإقرار . ولكن الأمر يكون

(١) يثور بشأن الاقرار في بيع ملك الغير بحث تنعدم جدواه بالنسبة للرهن . اذ يعرض التساؤل عن أثر اقرار المالك الحقيقي للبيع . هل يلتزم المالك المقر وحده بالبيع ويتحلل البائع من التزاماته ، أم ينضم المالك إلى البائع كما لو كان العقد قد صدر منهما معا ، أم تظل الالتزامات التعاقدية بين البائع والمشتري ؟ انظر في هذه المشكلة منصور مصطفي منصور مذكرات في البيع والايجار ص ٢٤٥ وما بعدها - سليمان درويش وجز البيع والايجار ص ١٢١ وما بعدها - اسماعيل غانم مذكرات في عقد البيع ص ٢٨ وما بعدها .

ومثل هذا البحث لا يعرض في الرهن . إذ الواقع أن اقرار المالك الحقيقي للرهن يضي عليه صفة الكفيل العيني ، فيصبح هو الطرف الأصيل في عقد الرهن . ولما كان الرهن الرسمي لا يجرى مالك العقار من حيازته ، فإن الوضع الطبيعي هو إلزامه بضمان سلامه الرهن . وفي هذا الشأن ينطبق حكم م ١٠٤٨ في حالة دلاك المقار المرهون أو تلفه . ويختلف هذا الحكم بحسب ما إذا كان الهلاك أو التلف خطأ الراهن أو اسبب أجنبي . انظر دراستنا المفصلة لهذه المادة في بحثنا لسلطة الراهن في استعمال واستغلال المقار المرهون والتصرف فيه .

(٢) في هذا المعنى منصور مصطفي منصور المرجع السابق ص ٢٤٨ .

على خلاف ذلك إذا كانت قيمة العقار مستغرقة بحقوق عينية تبعية أخرى ، بحيث يصبح الضمان عديم الجدوى بالنسبة للدائن .

٤١ - يجوز أنه تكون ملكية الرهن احتمالية :

يجوز للمالك ، إذا كانت ملكيته احتمالية ، أن يرهن العقار . والملكية الاحتمالية هي التي يكون سندها معلقاً على شرط واقف . وإذا كان سند ملكية الرهن للعقار معلقاً على شرط واقف فالأمر لا يخلو من أحد فرضين . إما أن يتحقق الشرط فتصبح الملكية باتة بأثر رجعي ، ويسري الرهن من وقت نشوئه . وإما أن يتخلف الشرط ، فتزول ملكية الرهن بأثر رجعي ، وبالتالي يعتبر رهنه واقعاً على ملك الغير فيزول (١) .

لا يشترط إذن أن تكون الملكية باتة . بل ولا يلزم كذلك أن تكون خالصة للرهن . وإنما يصح أن تكون ملكية شائعة .

(١) ليس من المألوف في العمل صورة رهن العقار المملوك ملكية معلقة على شرط واقف . على أنها أثبتت في فرنسا ومصر في ظل التقنين المدني القديم بمناسبة بيع الوفاء . وهو البيع الذي بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق استرداد العين المبيعة مقابل رد الثمن وذلك خلال مدة معينة . ويعتبر المشتري أنه مالك تحت شرط فاسخ ، هو استعمال خيار الاسترداد . ويتجه جانب كبير من الفقه إلى القول بأن البائع يعتبر في نفس الوقت مالكا تحت شرط واقف . وذلك بحجة أنه في كل مرة يملك شخص شيئاً تحت شرط فاسخ ، يجب أن يكون هناك مالك آخر تحت شرط واقف . وملكية البائع هنا معلقة على استعمال خيار الاسترداد . فإن استعمله عادت إليه العين المبيعة وكأنها لم تخرج من ملكه . ويترتب على هذا النظر أن البائع له قبل الاسترداد أن يرتب حقوقاً عينية كالرهن الرسمي إذا كان المبيع عقاراً . فإذا تم الاسترداد ثبتت الحقوق التي قررها من قبل . وقد أثير الجدل حول مدى صحة هذا النظر ، ولكننا أصبحنا في مصر في غنى عنه . فقد جاء نص المادة ٤٦٥ من التقنين المدني صريحاً في أنه إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً .

٤٢- يصح أنه تكون ملكية الرهن شائعة :

الفرض الذى نعالجه هو أننا بصدد عقار مملوك لأكثر من شخص واحد ، وأن حصة كل منهم غير مفرزة ، بل شائعة فى العقار كله لا تنصب على جزء معين منه بالذات . ويعبر عن نصيب كل منهم بنسبة حسابية كالربع أو الثلث أو النصف .

لا يدخل فى نطاق بحثنا أن نتناول بدراسة شاملة أحكام الملكية الشائعة . بل يعيننا فقط أن نعالجها بالقدر المتصل بشرط تملك الرهن للعقار المرهون . ويثور بشأنها التساؤل عن مدى حق المالك على الشيوع فى رهن العقار ، ومصير هذا الرهن بعد وقوع القسمة .

وقد تكفل التقنين المدنى بوضع حلول لهذه المسألة . منها ما جاء ذكره فى أحكام الشيوع بصدد أعمال التصرف بصفة عامة (م ٨٢٦ ، ٨٣٢) ، ومنها ما جاء متعلقاً بالرهن الرسمى فى المادة ١٠٣٩ بصفة خاصة .

٤٣ - الأسس الفنية التى نتهدى بها فى بيان الحلول التى قررها

القانون :

يعيننا قبل التصدى لبيان الحلول الوضعية التى أقرها المشرع المصرى بشأن رهن العقار المملوك على الشيوع ، أن نلقى نظرة على الأسس الفنية التى تيسر تأصيل هذه الحلول .

هذه المحاولة كانت ومازالت من أدق المشاكل التى شغلت الفقهاء وأثارت بينهم الجدل (١) . على أن اتخاذ موقف بصدد هذا أمر لازم لتفهم الأحكام

(١) أنظر فى دراسة هذه الأسس ديسر تود دراسة فى نظرية الأثر الكاشف رسالة إلى كلية حقوق ديجون ١٩٠٨ - شفالبييه الأثر الكاشف للاتفاقات والعقود « رسالة إلى كلية حقوق رين ١٩٣٢ - ليبال الجزء الخامس مكرر فى مجموعة بودان فقرة ٦٩٩ وما بعدها - وبصفة خاصة =

التي نعالجها . وبعد ، فنظام التملك على الشيوع واسع الانتشار في مصر ، على نحو يجعل للدراسة أهمية عملية تفوق أهميته القانونية . فمن المؤلف في مجتمعنا أن يتلقى الوراثة أموالا عن مورثهم ، وتراخي قسمة هذه الأموال إلى تاريخ يبعد بينه وبين وفاة المورث أجل طويل . ومن هنا تخضع ملكية الوراثة خلال هذه الفترة لتنظيم خاص يستجيب إلى الحقيقة القائمة ، وهي أن كل وارث لا يختص بملكية خالصة لأموال معينة بالذات . بل ينصب حقه على كل الأموال الموروثة . ويرجم عنه بنسبة حسابية تعبر عن نصيب غير محدد . ثم يزداد الأمر تعقيدا حينما تنهى حالة الشيوع بالطريقة المألوفة وهي القسمة . إذ يترتب عليها أن يختص كل شريك بملكية خالصة مفرزة لأموال معينة . حينئذ تعرض الناحية الدقيقة للمشكلة فيتعين النظر في أمر التصرفات التي تمت خلال فترة الشيوع ، وتقرير مصيرها بعد زواله .

على أنه ينبغي الإشارة إلى أن الإحاطة الشاملة بجوانب تلك المشكلة يخرج عن نطاق بحثنا . ومن ثم ينحصر جهدنا في العناية بتلك الأسس الفنية بالقدر اللازم فقط لتأصيل أحكام القانون المصري بشأن رهن العقارات المملوكة على الشيوع .

لا نتوقف أمام طبيعة حق الشريك على الشيوع . فقد استقر الفقه الحديث بعد خلاف طويل ، على أنه حق ملكية . ولكنها ملكية تنفرد بما يميزها عن الصورة المألوفة لها . هذا الطابع الخاص مبعثه تعدد الملاك ، وتعلق حقوقهم

== روجيه ميرل « دراسة في النظرية العامة للتصرف الكاشف » رسالة إلى كلية حقوق تولوز ١٩٤٩ ص ٢٠٧ وما بعدها (وقد استهدينا باتجاهات هذا المؤلف في الحلول التي نرى الأخذ بها في المتن) أنظر أيضا في الفقه المصري محمد على عرفه الملكية الجزء الأول فقرة ٣٣٣ - عبد المنعم البدر أوى الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٥٩ وما بعدها .

وراجع بصفة خاصة في الفقه المصري اسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية ج ١ ص ١١١ . وما بعدها - حسن كيره الحقوق العينية الأصلية ج ١ ص ٣٠٥ وما بعدها .

(١) انظر في تفصيل تكييف حق الشريك المشتاع بأنه حق ملكية اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٧٧ . حسن كيره المرجع السابق فقرة ١١١ .

بمحل واحد يتمثل في المال الشائع :

فالملكية في صورتها المألوفة الخالصة يتحدد وعاءها على نحو ينحول للمالك استثنائاً مانعاً ، بمعنى أنه ينفرد بمباشرة حقه على الشيء بالطريقة التي تروق له . وليس للغير أن يتدخل لتقييده أو حرمانه من مباشرته سلطاته . إلا بالتطبيق القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق بطبيعة الحال .

أما في الملكية الشائعة ، فيتقيد مضمون حق ملكية الشريك ، بما ينحول من استعمال واستغلال وتصرف ، بحقوق الشركاء الآخرين . وبذلك يمتنع عليه الإفراد بمباشرة تلك السلطات على نحو يضر بشركائه .

هكذا يتمثل حق الشريك على الشيوع في أنه حق ملكية . ولكنها ملكية تتقيد في السلطات التي تكفلها بوجوب عدم الإضرار بباقي الشركاء . ومرد ذلك أن للشركاء جميعاً حقوق على المال الشائع . ومن ثم يتجرد حق الملكية من خصيصة الاستثناء المانع . ويتميز بسلطان جماعي لا ينبغي أن يهدره إنفراد شريك بإجراء تصرف يمس حقوق الآخرين (١) .

على ضوء هذا التكييف لطبيعة حق الشريك تتحدد الغاية من القسمة ، وتبين آثارها . فهي تهدف إلى تخلص الملكية مما يشوبها من غموض ، وترى إلى تمكين كل متقاسم من استرداد حريته المطلقة في التمتع المطلق بسلطات المالك . ويتحقق ذلك بتحديد وعاء واضح للملكية كل شريك ، على نحو يكفل له أن يختص بأموال على سبيل الإنفراد ، يباشر عليها حقه دون مزاحم . وتتمثل وظيفة القسمة في تعيين النطاق المادي لحق كل شريك ، وتحقيق المطابقة بينه وبين النطاق المعنوي أو الحسابي . فإذا كان يملك ثلث العقار مثلاً ، فإن هذا الثلث نسبة حسابية لا تنصب على جزء مادي محدد في العقار ، بل

(١) أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية المنشور في سبتي ١٩٣٧ القسم الأول ص ١٩١ . ويقرر إن حق كل شريك مشتق يرد على المال الشائع كله ، وهو حق ملكية لا يقيده إلا الحقوق المتساوية للشركاء الآخرين على نفس المال .

تنصرف إلى العقار كله . تأتي القسمة فيرتب عليها انكماش النطاق المادى على نحو يجعله مطابقا للنطاق المعنوى ، فيحدد نصيب الشريك بجزء مفرز يعادل ثلث العقار (١) .

هذه الغاية التي ترمى إليها القسمة يعبر عنها بأن القسمة ترتب أثرا كاشفا . وهو ذلك الأثر الذى يكشف عن ملكية شأها غموض . ويكفل للمالك أن يباشر سلطاته على المال الذى وقع فى نصيبه على نحو مطلق ، بعد أن زالت القيود التي كانت تحده منها .

فالقسمة لا تكسب المتقاسم حقا جديدا ، بل تعلن عن حق كان قائما من قبل . كل ما فى الأمر أنها تزيل عن هذا الحق صفة الشيوع فتحصره فى نطاق مفرز ينفرد به المتقاسم وحده دون مزاحمة سائر المتقاسمين .

ولا يجوز نفي الأثر الكاشف للقسمة ، على أساس أنها لا تقتصر على مجرد الاعتراف بوضع قانونى سابق دون تغيير فيه ، وإنما تتجاوز ذلك إلى تحويل حق المتقاسم من حق شائع إلى حق مفرز . ذلك أن المدلول الحديث للتصرف الكاشف لا يقتصر على اعتباره مجرد « تصرف إقرارى أو اعترافى » . بل إن التصرف الكاشف اذ يستند إلى حق سابق ، فهو لا ينعقد لجرد تقرير وجود هذا الحق أو الاعتراف به . وإنما يصح له إزالة الغموض الذى كان يشوب الحق فى وصفه السابق ، أو رفع العقبات التي كانت تعوق مباشرة على النحو المألوف (٢) .

وعلى ضوء ما تقدم يمكن الإبقاء على الأثر الكاشف للقسمة مع الاعتراف بمدلوله على النحو السابق بيانه . وبذلك تنهى القسمة إلى « مجرد التغيير فى محل الحق القائم قبلها أو التحديد منه . وهو ما ينعكس أثره على صاحب الحق

(١) راجع ميرل الرسالة السابق الإشارة إليها فقرة ١٧١ ، ١٧٣ .

(٢) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢١٠ - حسن كبير المرجع السابق

ص ٣٨٠ - راجع أيضا رسالة ميرل السابق الإشارة إليها فقرة ٢٠٨ وما بعدها .

فيصيره واحدا بعد أن كانوا عدة ، وعلى وصف الحق فيجعله استثنائيا مانعا بعد أن كان شائعا » (١) .

على أن الفقه انتزع من هذا الأثر الكاشف نتيجة أخرى مقتضاها أن القسمة يرتد أثرها إلى الماضي ، وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي لها . وقد تأثر المشرع المصرى بهذه النتيجة فسجلها في م ٨٤٣ بقوله « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص » .

مقتضى هذه الصياغة التقليدية للأثر الرجعي أن كل شريك يعتبر مالكا للحصة التي آلت إليه منذ بدء الشيوع ، وأنه لم يملك شيئا من الأموال التي اختص بها باقي الشركاء .

ويترب على ذلك أن حق كل شريك على النصيب المفرز بالقسمة يرتد إلى تاريخ بدء الشيوع ، وأن الشركاء الآخرين لم تثبت لهم الملكية أصلا على هذا النصيب . وهو ما يعنى الغاء فترة الشيوع واعتبارها كأن لم تكن . وقد قبل ، تبريرا لهذا الافتراض ، أنه يفسر حكم التصرفات القانونية التي يعقدها أحد الشركاء أثناء الشيوع بشأن ما وقع في نصيب شريك آخر . فإذا رهن مثلا عقارا مملوكا على الشيوع ، ثم أجريت القسمة فاختص الشريك الآخر بملكية هذا العقار ، لا يسرى الرهن في مواجهته استنادا إلى فكرة الأثر الرجعي ، لأن الشريك الأول يعتبر وكأنه لم يملك العقار أبدا . ومن ثم يكون رهنه بمثابة رهن لملك الغير .

على أن هذا الأساس محل نظر ، ذلك أنه يقوم على افتراض مخالف للواقع . فكيف السبيل إلى إنكار حالة شيوع امتدت خلال فترة معينة من الزمن ، كان لكل شريك خلالها حق ملكية ينصب على المال الشائع كله . ينبغي إذن أن نتلمس أساسا يستجيب إلى الواقع . ويتيسر ذلك بالنظر إلى

التصوير القانوني للأثر الكاشف ، واتخاذ موقف من الأثر الرجعي على ضوء هذا التصوير .

فإذا ما نظرنا إلى الأثر الكاشف وجب علينا التسليم بحقيقتين . الأولى تتمثل في أن ذلك الأثر لا يعنى أن القسمة تنقل إلى الشريك ملكية جديدة ، بل هي تقرر فقط هذه الملكية بطريقة مانعة تحول له الاستثثار المطلق بما يوثر إليه من نصيب مفرز . والحقيقة الثانية هي أن الشيوع استمر قبل هذا التحديد خلال فترة معينة لا يمكن إنكارها ، وأن حق كل شريك خلال هذه الفترة لم يكن طليقا ، بل كانت تقيده حقوق الشركاء الآخرين .

على ضوء هذا النظر اتجه رأى إلى تحديد فكرة الأثر الرجعي للقسمة . إذ ينبغي أن تقتصر فقط على حماية الشركاء من التصرفات التي انفرد أحدهم بأجرائها أثناء قيام الشيوع . فهي لا تسرى في مواجهتهم لأن الشريك تجاوز مضمون حقه حينما أبرم هذه التصرفات . وبذلك تكون الغاية من الأثر الرجعي هي حماية كل متقاسم من أن يتلقى نصيبه المفرز مثقلا بحق انفرد أحد الشركاء بتقريره من قبل (١) .

ولعله من الأسلم العدول نهائيا عن الأثر الرجعي للقسمة ، بما يتضمن من صناعة وافترض مخالف للواقع ، والالتجاء إلى وسيلة أخرى تكفل حماية الشركاء من التصرفات التي ينفرد بها أحدهم أثناء قيام الشيوع .

(١) كان هذا هو الرأى الذى ذهبنا اليه فى الطبعة الأولى لهذا الكتاب ص ٨٩ وما بعدها . وتأثرنا فى هذا الشأن بإصرار المشرع وصراحته فى تقرير الأثر الرجعى كما ورد فى المادة ٨٤٣ . وبدا لنا أن خير وسيلة للتخفيف من حدة هذا الإصرار ، هو التضييق من فكرة الأثر الرجعى فى حدود الغاية من تقريره . وراعينا فى هذا الشأن ما قد يثار علينا من اعتراضات إذا ما قلنا بأنكار الأثر الرجعى على نحو مطلق إزاء صراحة المشرع فى المادة ٨٤٣ .

على أن التأمل فى الحلول الوضعية التى أخذ بها المشرع بشأن التصرف فى المال الشائع ، دفعتنا إلى العدول عن الرأى المتقدم . فالواقع أن هذه الحلول لا تستقيم مع فكرة الأثر الرجعى . وفضلا عن ذلك فإن التسليم به يقضى إلى نتائج أخرى خطيرة وفاسدة ، بحيث يصبح من الأفضل إهدار الأثر الرجعى بمعناه التقليدى القائم على الصناعة والافتراض ، والاكتفاء بالأثر الكاشف المستمد من الحقيقة والواقع . راجع فى هذا المعنى حسن كيره المرجع السابق ص ٣٨٧ وما بعدها - اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١٠ وما بعدها .

ويمكن تلمس هذه الوسيلة في الوقوف عند المعنى الحديث للأثر الكاشف للقسمة . وقد مضت الإشارة إلى أن التسليم بحقيقة قيام الشيوع خلال فترة معينة هو أمر يستجيب إلى الواقع ولا يجوز اغفاله .

وحق الشريك المشتاع هو حق ملكية يرد على الشيء الشائع كله . ولكنه يختلف عن حق المالك المنفرد في أن نطاقه المادى -- وهو الشيء الشائع كله -- لا يطابق نطاقه المعنوى .

ومادام الشريك المشتاع لا يستأثر بنصيب مفرز أثناء قيام الشيوع ، بل تتزاحم حقوق الشركاء على الشيء كله ، فإنه من الضروري أن تنقيد سلطة كل شريك في التصرف بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين .

وتأتى القسمة فتخصص كل متقاسم بنصيب مفرز يطابق الحصة المعنوية التي كانت له على الشيء كله أثناء قيام الشيوع . وهو يتلنى هذا النصيب محررا من كل حق أو عبء قرره عليه شريك آخر . ولا ترتب هذه النتيجة على أساس الأثر الرجعى للقسمة . وإنما هى نتيجة . حتمية لتشابك حقوق الشركاء أثناء قيام الشيوع ، وعدم جواز انفراد أحدهم بالتصرف إضرارا بحقوق الآخرين .

على ضوء هذا النظر يظهر عدم جدوى الأثر الرجعى . فتصرف الشريك أثناء الشيوع ولو أنه صادر من مالك ، فهو لا يسرى في مواجهة شركائه ، إذا كان فيه مساس بحقوقهم . وذلك لأنه تجاوز مضمون حقه ، فانفرد بأجراء تصرف لم يكن له ولاية إبرامه ، نتيجة لتزاحم حقوق زملائه مع حقه . بل ويلاحظ أن الأثر الرجعى المزعوم الذى أقره المشرع في المادة ٨٤٣ ، يتنافى مع الحلول الوضعية التى أخذ بها بشأن التصرف فى الشيء الشائع بصفة عامة ، وبصدد الرهن بصفة خاصة (١) . وسيتضح لنا ذلك فى دراسة الرهن

(١) راجع فى فساد إطلاق الأثر الرجعى إسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١١ - حسن كبيره المرجع السابق ص ٤٠٧ .

الصادر من جميع ملاك العقار الشائع ، أو الرهن الصادر من أحد الشركاء على جزء مفروز من العقار .

فالحلول التي أخذ بها المشرع تتناقض مع القول بأن الشريك الذي يتصرف في عقار شائع ، لم يقع في نصيبه بعد القسمة ، قد تصرف في ملك الغير . وتستقيم مع الاعتراف بحق ملكية الشريك على العقار الشائع كله . ولكنها ملكية لم تكن خالصة ، وإنما تراحت عليها وتشابكت فيها حقوق جميع الشركاء (١) .

ولعل في وسعنا الآن أن نعالج الحلول التي أتى بها المشرع المصري بشأن رهن العقار المملوك على الشيوع ، وقد وردت في المادة ١٠٣٩ من التقنين المدني . على أنه ينبغي الاستعانة أيضا بما جاء في النصوص المتعلقة بالتصرف في المال الشائع ، فهي تصدق على الرهن ، إذ يعتبر عملا قانونيا يدخل في حظيرة أعمال التصرف .

وسيتضح من دراستنا التحليلية لنصوص القانون كفاية فكرة الأثر الكاشف للقسمة لتأصيل احكام القانون الوضعي ، وعدم جدوى فكرة الأثر الرجعي بل تناقضها مع هذه الأحكام .

ويقتضي بحث هذه الأحكام التفرقة بين فرضين . الأول هو صدور الرهن من الشركاء مجتمعين ، والثاني انفراد أحدهم أو البعض منهم دون الآخر بتقرير الرهن .

(١) هذه الاعتبارات يذهب اتجاه حديث في الفقه المصري إلى وجوب إلغاء نص المادة ٨٤٣ من التقنين المدني - في هذا المعنى اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١٣ - كما يقرر الزميل حسن كيره إزاء وجود هذا النص في القانون الوضعي أن « إرادة المشرع المصري الحقيقية - رغم نص المادة ٨٤٣ - منصرفة كما يتضح من النصوص الأخرى إلى انكار الأثر الرجعي للقسمة . وما كان تعبيره بالرجعية في المادة ٨٤٣ إلا من قبيل إساءة التعبير عما يريد من خلوص النصيب المفروز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصا كاملا لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة ، دون أي قصد حقيقي إلى انكار الواقع من قيام فترة الشيوع أو افتراض أن هذا النصيب كان دائما ومنذ بدء الشيوع مملوكا ملكية خالصة استثنائية لهذا المتقاسم وحده » - حسن كيره المرجع السابق ص

٤٤ - الرهن الصادر من جميع الشركاء :

قضت المادة ١٠٣٩ من التقنين المدني في فقرتها الأولى بأنه « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع . أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته » .

تعالج هذه الفقرة الحالة التي يصدر فيها الرهن من جميع الشركاء . وتقرر استمرار نفاذ هذا الرهن أيا ما كان مصير العقار . فإذا تعذرت القسمة وترتب على ذلك بيع العقار ، ورسا المزاد على شخص من الغير ، ففي القواعد العامة ما يبرر الحكم الذي أخذ به المشرع . ذلك أننا بصدد تصرف قانوني نقل الملكية ، وصدر من الشركاء مجتمعين إلى من رسا عليه المزاد . ولما كان هؤلاء الشركاء أنفسهم قد رهنوا العقار من قبل ، فإن مضمون الحق العيني التبعي الذي يتمتع به الدائن المرتهن يخول له تتبع العقار في أي يد كان . وعلى ذلك يفضى التتبع إلى القول بأن الرهن ينفذ في مواجهة الشخص الذي رسا عليه المزاد .

أما إذا وقع العقار كله في نصيب أحد الشركاء أو بعض منهم فقط ، سواء كان ذلك نتيجة القسمة أو لأن المزاد رسا عليهم ، فهنا أيضا قضى المشرع المصري بنفاذ الرهن الصادر من جميع الملاك . ويسرى هذا الحكم سواء خصت القسمة كل شريك بنصيب من هذا العقار ، أو جاء العقار كله في نصيب أحد منهم دون الآخرين . وهو حكم مأخوذ عن القانون الفرنسي (١) الذي عدل في هذا الشأن ١٩١٠ . ذلك أن عدم وجود نص يحكم هذه الحالة أثار الخلاف في الفقه والقضاء . إذ استند البعض إلى إطلاق فكرة الأثر الرجعي للقول بأن وقوع العقار في نصيب شريك واحد ، معناه أن الآخرين لم يملكوه

(١) الفقرة الثانية في م ٢١٢٥ من التقنين الفرنسي ، وقد أضيفت بقانون صدر في ٣١ ديسمبر ١٩١٠ . راجع بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٤٢٤ - بيدان وليبال ج ٥ مكرر فقرة ٧٤١ .

من قبل . وعلى هذا فصدور الرهن منهم لم يكن صحيحا لأنهم قد رهنوا ملك الغير .

هذا النظر كما قدمنا معيب ، وأساسه هو الصياغة التقليدية لفكرة الأثر الرجعي . فالقول بأن الشركاء جميعا رهنوا ملك الغير ، بوقوع العقار في نصيب أحدهم يخالف الواقع (١) . ذلك أنهم حينما أبرموا هذا التصرف كان لكل منهم حق ملكية شائعة على العقار المرهون كله . واشترأ كلهم جميعا في رهن العقار الشائع ، يعبر عن ارادة جماعية بالرضاء بهذا التصرف . وبذلك يتعين الإبقاء عليه ايا ما كانت نتيجة القسمة . وبعبارة أخرى فإن رهن العقار الشائع من جميع الشركاء ، هو تصرف قانوني صحيح لصدوره ممن كان له ولاية التصرف وقت اجرائه . ولا يجوز للمتقاسم الذي وقع العقار في نصيبه أن يتدمر ، لأنه افصح عن رضائه بالرهن (٢) .

وبهذا التصوير المتقدم لا يكون الحكم الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ استثناء من القواعد العامة كما يقول بعض الشراح (٣) . بل ينطبق حكمها على الرهن الحيازي . وعلى هذا النحو يقع صحيحا الرهن الحيازي الذي يقرره جميع الشركاء اثناء قيام الشيوع . ويظل قائما حتى ولو اختص احد المتقاسمين دون غيره بالشيء المرهون .

٤٥ - أفراد الشركاء أو بعضهم بتقرير الرهن :

قدمنا في تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع ، أنه حق ملكية يرد على كل المال الشائع . ولكنه حق يتقيد بحقوق الشركاء الآخرين وسلطاتهم

(١) أنظر الفقرة السابقة رقم ٤٣ في نقد فكرة الأثر الرجعي .

(٢) في هذا المعنى ايضا اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٦٥ - حسن كبير المرجع السابق فقرة ١١٨ . انظر دراستنا التالية لهذه المشكلة بصدور الرهن الحيازي .

(٣) في هذا الاتجاه شفيق شحاته فقرة ١١١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٣٥ مكرر -

سليمان مرقس ص ٣٤٦ هامش ١ .

المماثلة على ذلك المال . ومن ثم فالأصل في رهن العقار وجوب توافر إجماع رأى الشركاء .

على أن إجماع الرأى غير ميسور التحقيق في كل الأحوال . وقد تمس الحاجة إلى تدبير مال عاجل للاتفاق على العقار بتحسينه أو توجيه طريقة استغلاله على نحو يجلب مزيدا من الربح . فلا يتيسر ذلك إلا برهنه والحصول على قرض بضمان ذلك الرهن .

لذلك تجاوز المشرع عن اشتراط إجماع الآراء للتصرف ، فأباح في المادة ٨٣٢ من التقنين المدني لأغلبية الشركاء التي تمثل من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل : أن يقرروا التصرف فيه إذا قامت مبررات قوية تدعو إلى ذلك ، وعلى الأغلبية إعلان قرارهم إلى باقى الشركاء . ويجوز لكل واحد من هؤلاء أن يتظلم من هذا القرار خلال شهرين من إعلانهم به وإلا نفذ القرار في حق الجميع . فإذا وقع التظلم ، فالمحكمة بين أن تأمر بالقسمة إذا كان ذلك ميسورا دون إضرار بمصالح الشركاء ؛ وإلا فلها أن تقضى على ضوء ما تقدر من ظروف بتنفيذ قرار الأغلبية أو إلغائه . وهي توازن في هذا الشأن بين المبررات التي دفعت الأغلبية إلى تقرير التصرف ، وتلك التي جعلت الأقلية تعارض فيه .

هذا الحكم الوارد بشأن التصرف في المال الشائع بصفة عامة : يصدق بطبيعة الحال على رهن العقار . ذلك أن الرهن يعتبر كما قدمنا من أعمال التصرف .

ولكن ماذا يكون الحال إذا انفرد أحد الشركاء بتقرير الرهن ، أو قام به نفر من الشركاء لا يمثلون الأغلبية التي تقتضيها نص المادة ٨٣٢ . نعلم في هذا الشأن أن تصرف الشريك المشتاع في المال الشائع هو تصرف صادر من مالك . ولكن الملكية هنا محد من إطلاقها في نطاق التصرف أنها شائعة ، وبالتالي تنقيد بحقوق الشركاء الآخرين . وعلى هذا النحو فالتصرف الفردي وإن جاز القول بصدوره ممن يملكه ، فهو يتعثر في آثاره نتيجة لعدم سريانه في مواجهة باقى الشركاء .

على ضوء ما تقدم نتأمل في الفروض المختلفة التي يفرض فيها الشريك بتقرير الرهن . فهو قد يرهن العقار الشائع كله ، أو يرهن حصته الشائعة . وأخيراً قد يرد الرهن على جزء مفرز من العقار .

قدم لنا المشرع الحلول الواجب الأخذ بها في الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ ، فنص على أنه « إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير تلك التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره أي ذي شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » .

على ضوء ما جاء في هذه المادة نتناول بالبحث الفروض التي سبقت الإشارة إليها .

١- رهن كل العقار الشائع : لا يجوز للشريك كما قدمنا أن يفرض برهن

العقار الشائع أو التصرف فيه بصفة عامة ، وذلك احتراماً لما لبقية الشركاء من حقوق متماثلة على العقار . وعلى هذا النحو لا ينفذ التصرف في مواجعتهم إلا في نطاق ما يملك الشريك من حصة شائعة . ويظل كذلك حتى يتحدد مصيره بالقسمة وما تفضي إليه . فإن جاء العقار كله في نصيبه عند القسمة ، فلا تثار صعوبة حيث يستقر الرهن وينتج كافة آثاره . وإذا لم يرد العقار كله في نصيبه ، فالرهن لا ينفذ إلا في القدر الذي اختص به الشريك الراهن ، وما زاد عن ذلك لا يسرى في مواجعة الشركاء ، لأنه لم يكن يملك الانفراد بالتصرف فيه . هذا الحل يستجيب إلى الأسس الفنية التي سبق لنا تحليلها . ذلك أن المتقاسم إذ تخلص له ملكية نصيب محدد بالقسمة ، لا يحتاج عليه بالتصرفات التي

أجراها غيره من الشركاء أثناء قيام الشيوع على هذا النصيب (١).

٢ - **رهن الحصص الشائعة:** القاعدة العامة بشأن التصرف في حصة شائعة أنه صحيح . ذلك أن الشريك في هذه الحالة لا يعتدى بتصرفه على حقوق باقي الشركاء ، بل هو يباشر حقه في النطاق الجائز له . وفي هذا المعنى تقرر المادة ٨٢٦ أن « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً . وله أن يتصرف فيها » .

وتطبيقاً لما تقدم يجوز للشريك المشتاع أن يرهن حصته الشائعة . ويقع الرهن صحيحاً وناظداً في حق الشركاء دون توقف على رضائهم .

فإذا أجريت القسمة تحققت المطابقة بين النطاق المادي والنطاق الحسابي

(١) لم يتعرض المشرع صراحة لحكم رهن العقار الشائع كله في نص المادة ١٠٣٩ . ولم يعالج فرض التصرف في المال الشائع كله بصفة عامة في المادة ٨٢٦ .

وقد ذهب الاتجاه السائد في مصر إلى اعتبار تصرف الشريك المشتاع في كل الشيء (ويصدق الحكم على الرهن ايضاً) صحيحاً في القدر الموازي فقط ل حصته الشائعة ، وقابلاً للإبطال فيما يزيد على أساس صدور ه من غير مالك .

في هذا المعنى شفيق شحاته في الحق العيني فقرة ١٤٣ ، وفي التأمينات العينية فقرة ١٠٩ - أنور سلطان في البيع والمقايضة الطبعة الثانية فقرة ٤١٥ - محمد علي عرفة في الملكية فقرة ٣٠٣ - عبد المنعم البدر أوى في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٥ .

راجع في المعنى الذي نؤيده في المتن اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٦٩ - حسن كبره المرجع السابق فقرة ١٢١ . وهما يتفقان في أن التصرف في العقار الشائع (بالبيع أو الرهن) يكون صحيحاً بين أطرافه على أساس اعتباره صادراً من مالك . وبذلك لا يحق للمتصرف اليه (المشتري أو الدائن المرتهن) طلب إبطاله إلا إذا كان يجهل أن ملكية المتصرف للعقار هي ملكية شائعة غير مفرزة .

على أن هذا التصرف الفردي لا ينفذ في حق الشركاء فيما يجاوز الحصة الشائعة للشريك الراهن . وبذلك يحق لهم المبادرة برفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على العقار المرهون . ويكون لهم كذلك - بالاجماع أو بالأغلبية القانونية - اقرار مثل هذا التصرف بما يحقق نفاذه في حق الجميع . انظر حسن كبره المرجع السابق ص ٢٢١ - اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٣٨ .

لحق الشريك ، واستقر حق الدائن على نصيب مفرز بعد أن كان وارداً على حصة شائعة (١) .

ولكن يذق الأمر إذا لم يقع في نصيبه أى جزء من العقار الذي رهن فيه حصته الشائعة . وإنما اختص بعقار آخر كان يتضمنه الشيوع . مثال ذلك أن يرث شخصان منزلاً ، وأرضاً زراعية ، ويستمران في تملك كل منهما على الشيوع . فإذا رهن أحد الورثة حصته الشائعة في المنزل ، ثم أتت القسمة فخصته بالأرض ، فما حكم ذلك الرهن ؟

في هذا الشأن قضت المادة ١٠٣٩ في فقرتها الثانية بأن الرهن ينتقل إلى بعض من الأعيان التي جاءت في نصيبه بالقدر المعادل للحصة الشائعة التي رهنها . فتقدر قيمة الحصة الشائعة في المنزل ويقرر الرهن على قدر من الأرض يعادل هذه القيمة (٢) .

ويتم انتقال الرهن على النحو المتقدم وفقاً للأجراءات المنصوص عليها في المادة ١٠٣٩ ، وذلك بأمر على عريضة يعين القدر الذي انتقل إليه الرهن .

(١) يعتبر ورود الرهن على النصيب المفروز أثراً طبيعياً للقسمة لا تطبيقاً لفكرة الحلول العيني . في هذا المعنى حسن كيره ص ٣٤٣ هامش ٢ - إسماعيل غانم ص ١٥٣ ، قارن منصور مصطفى منصور في رسالته عن الحلول العيني فقرة ١٣٨ . والواقع أن حق الدائن المرتهن يرد على المقابل النقدي للحصة المرهونة في العقار . فإذا تحددت هذه الحصة بنصيب مفرز استقر الرهن على المقابل النقدي لهذا النصيب . راجع ماتقدم في الصياغة المختارة للحق العيني التبعية والمفهوم الواسع لمضمون حق الأفضلية .

ويلاحظ أن حلول أجل الدين قبل وقوع القسمة يجيز للدائن المرتهن التنفيذ بحقه على الحصة المرهونة الشائعة . إسماعيل غانم الإشارة السابقة .

(٢) وفي هذه الحالة يكون انتقال الرهن إلى جزء مفرز من العقار الذي لم يكن مرهوناً ، إعمالاً لفكرة الحلول العيني ، ذلك أن حق الرهن ينتقل إلى عقار لم يكن مقرراً عليه أصلاً . ويلاحظ في هذا الشأن أن الانتقال لا يتحقق إلا إذا كانت العين التي وقعت في نصيب الشريك الراهن يجوز أن يرد عليها الرهن الذي كان مقرراً من قبل على الحصة الشائعة في العين الأخرى . فإذا كان الرهن رسماً مثلاً ، واسفرت القسمة عن اختصاص الشريك الراهن بمنقولات فقط ، فهنا لا ينتقل الرهن إليها . ذلك أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقار .

وعلى الدائن المرتهن أن يقوم بإجراء قيد جديد يبين فيه ذلك القدر ، وذلك خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطر فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، وإلا فقد مرتبته القديمة التى كان يتمتع بها .

٣- رهن الحصة المفروزة : يلاحظ هنا أيضا أن الشريك المشتاع له أن يرهن حصة مفروزة ، وذلك لأنه يتمتع بحق ملكية عليها . ولكن هذا الحق يقيد حقوق الشركاء الآخرين . ومن ثم لا ينفذ الرهن فى مواجهتهم . ويتحدد مصيره النهائى بالقسمة .

بذلك يقع الرهن صحيحا فيما بين أطرافه . ولا يجوز للدائن المرتهن أن يطالب بإبطال العقد إلا إذا كان يجهل أن الشريك الذى رهن حصة مفروزة من العقار لا يملكها ملكية خالصة . وهذا تطبيق مطلق للقواعد العامة فى الغلط . وقد أكدته المشرع فى المادة ٨٢٦ بقوله « وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفروزة ، الحق فى إبطال التصرف » .

أما إذا كان الدائن المرتهن على علم بصفة الشريك المشتاع ، فهنا يتمتع عليه بصريح نص المادة ٨٢٦ أن يتمسك بالإبطال . ويقطع هذا الحكم بأن رهن الحصة المفروزة أو التصرف فيها عامة لا يعتبر تصرفا فى ملك الغير .

على أن صحة الرهن لا تعنى نفاذه فى حق باقى الشركاء . ذلك أن الشريك المشتاع يتقيد باحترام حقوق زملائه . وانفراده بالتصرف فى حصة مفروزة يجاوز مضمون حق الملكية الشائعة .

ويحق لهؤلاء الشركاء قبل القسمة رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفروز المرهون . كما يصح لهم أيضا اقرار الرهن ، وعندئذ ينفذ فى حقهم أيا ما كانت نتيجة القسمة (١) .

(١) حسن كبره المرجع السابق ص ٢٢٣ - اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٣٨ - انور سلطان فى البيع والمقايضة الطبعة الثانية فقرة ٤١٦ .

ويتحدد المصير النهائي لرهن نصيب مفرز بنتيجة القسمة . فاذا وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك الراهن ، تتأكد صحة الرهن . بل يزول عنه القلق الذي كان يهدده ، وذلك بانقضاء الشيوخ . واستئثار الشريك الراهن بالحصصة المفرزة المرهونة على سبيل الانفراد ودون مزاحمة .

ولكن ما الحكم إذا أسفرت القسمة عن وقوع الجزء المفرز المرهون في نصيب شريك آخر . هنا تخلص لهذا الشريك ملكية ذلك الجزء المفرز محررة من الرهن المقرر عليها . ذلك أن الأثر الكاشف للقسمة ، كما قدمنا ، يكفل لكل متقاسم أن يختص بحصة نظيفة . فلا يعتد اذن بما رتبه عليها الآخرون من حقوق وتكاليف عينية .

على أن المشرع من ناحية أخرى لم يتوقف عند هذا الحد ، بل قدر أن الشريك حينما رهن جزءاً مفرزاً أثناء قيام الشيوخ لم يرهن ملك الغير . وإنما كان رهنه مقينداً بحقوق الشركاء . وعلى ذلك عمد إلى الإبقاء على هذا الرهن وقرره على النصيب التي آل إلى الشريك الراهن مستنداً في تأصيل هذا الحكم إلى فكرة الحلول العيني (١) .

وهو في هذا الحل يستجيب إلى طبيعة حق الشريك المشتاع ، وتدخله مع حقوق الشركاء الآخرين . فهو أولاً لا يلزم أحد المتقاسمين بالرهن المقرر من شريك آخر على النصيب الذي آل إليه . ولكن في نفس الوقت يبقى على هذا الرهن ويبدل محله ، فيوقعه على النصيب الذي آل إلى الراهن . ويتم الانتقال شأنه شأن الحالة السابقة ، بأمر على عريضة يحدد قلم الأعيان التي ينتقل إليها الرهن . ويتعين على الدائن المرتهن إجراء قيد جديد خلال تسعين يوماً من

(١) في هذا المعنى حسن كيره ص ٣٣٧ - قارن منصور مصطفى منصور في رسالته عن الحلول العيني فقرة ٩٦ حيث ينقد الحلول العيني في هذه الصورة - راجع في نقد هذا الاتجاه حسن كيره الإشارة السابقة هامش ١ - انظر ايضاً اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٤٣ هامش حيث يقرر الصفة الاستثنائية للحلول العيني في هذه الصورة .

الوقت الذى يخطر فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . وإلا فقد المرتبة التى كان يكفلها له القيد القديم .

مما تقدم يتبين لنا أن المادة ١٠٣٩ من التقنين المدنى قد أعملت مبدأ الحلول العيى وطبقته فى كل مرة لا يقع العقار المرهون فى نصيب الشريك الراهن . وقررت انتقال الرهن بقدر قيمة ما رهن من حصة شائعة أو مفرزة فى عقار ، إلى أعيان أخرى من بين تلك التى وقعت فى نصيب الراهن . وأوجببت إجراء هذه العملية بواسطة أمر على عريضة . وفى هذا الشأن ألزمت الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد .

وليس المقصود من إجراء هذا القيد اكتساب مرتبة جديدة ، بل الغاية منه هو المحافظة على المرتبة القديمة . هذا يقتضى من الدائن أن يجرى القيد الجديد خلال تسعين يوما من اليوم الذى يخطر فيه ذوى الشأن بتسجيل القسمة .

على أنه يلاحظ أن المشرع أضاف حكما هاما ، وهو أن انتقال الرهن على النحو المتقدم لا ينبغى أن يضر بفريق معين من أصحاب الديون المفضلة .

فهو أولا لا يضر الدائن الذى اكتسب حقه بمقتضى رهن صدر من جميع الشركاء . وإنما يتقدم هذا الدائن ، على المرتهن من شريك رهن حصة مفرزة ، إذا انتقل هذا الرهن إلى حصة أخرى آلت إلى هذا الشريك . حتى ولو أجرى القيد الجديد فى الموعد الذى يحدده القانون . ولإيضاح هذا التزاحم نقدم المثال الآتى :

نفرض أن أ ، ب يملكان أرضاً زراعية على الشيوع . رهن أ الجزء الغربى مثلا من هذه الأرض وقيد الدائن المرتهن حقه . ثم رهن الشريك ب معاً الجزء الشرقى وقيد الدائن الثانى حقه فى تاريخ لاحق . ثم تمت القسمة فأسفرت عن وقوع الجزء الشرقى فى نصيب أ . تطبيقا لحكم المادة ١٠٣٩ ينتقل حق الدائن المرتهن الأول إلى قدر من الأعيان التى وقعت فى نصيب أ . ويتعين على هذا الدائن إجراء قيد جديد للمحافظة على مرتبته القديمة . على أن ذلك الانتقال

لا ينبغي أن يضر بالدائن الذي ارتهن من الشريكين مجتمعين . وعند التزاحم يفضل أولاً ذلك الدائن . ثم يأتي بعده في المرتبة الدائن الآخر الذي ارتهن من شريك واحد ، وانتقل حقه من الحصص المفروزة المرهونة إلى قدر معادل لها من الأعيان التي آلت إلى الشريك الراهن .

كذلك أيضاً لا يجوز أن يضر هذا الانتقال بامتياز متقاسم العقار . وسنفصل هذا الحكم في دراستنا لحقوق الامتياز العقارية الخاصة . فسيتبين لنا أن الشركاء الذين اقتسموا عقاراً ، لهم حق امتياز عليه تأميناً لما قد تخوله القسمة من حق رجوع كل منهم على الآخرين . هذا الامتياز يتحدد مرتبته بالقيود . ومع ذلك فهو يفضل حق الدائن المرتهن الذي انتقل حقه على النحو المتقدم (١) .

تأمل هو الدائن المرتهن بالمقابل النقدي الذي يستحقه الشريك الراهن
قدمنا في دراسة مضمون حق الأفضلية (٢) أن حق الدائن المرتهن يرد على المقابل النقدي الذي يستحق عن العقار المرهون .

تطبيقاً لهذه الصياغة المطلقة إذا لم يقع في نصيب الشريك الراهن أي عين من الأعيان التي رهنها ، بل اختص مقابل حصته بمبلغ من النقود ، فإن الدائن المرتهن يتعلق حقه بهذا المبلغ (٣) .

ويكفي في سبيل تأكيد الأخذ بهذا الحل الرجوع إلى نص المادة ١٠٥٦ التي تقر « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل العقار » (٤) . تطبيقاً لهذا النظر الواسع

(١) راجع في تفصيل ذلك دراستنا لامتياز متقاسم العقار في الباب المخصص لحقوق الامتياز .
(٢) أنظر ما تقدم في صياغة الحقوق العينية التبعية فقرة ٢٨ ، فقرة ٣٢ في تأكيد الصفة العينية لحق الدائن المرتهن وتوسيع مضمون الأفضلية .

(٣) راجع بصفة خاصة في بيان هذا الاتجاه في مضمون حق الأفضلية اسماعيل غانم في رسالته عن الذمة المالية فقرة ٥٥ ، الحقوق العينية الأصلية ص ١٥٢ - وفي تأييده ما تقدم في هذا الكتاب فقرة ٣٢ ، حسن كيرة ص ١٣٥ ، وما بعدها - ص ٣٤٠ هامش ١

(٤) ويستند الفقه في تأييد هذا الحل إلى فكرة الحل العيني ، وهو الاتجاه الذي يستفاد أيضاً من الأعمال التحضيرية للقانون المدني . راجع عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٥ ، والظر ما سيأتي في دراستنا لحق الأفضلية .

لمضمون حق الأفضلية قضى المشرع في المادة ١٠٤٩ بصدد هلاك العقار أو تلفه بأن الرهن ينتقل بمرتبه إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة .

٤٥ - مكرر استجابة المشرع في الحاح السابعة الموصول الفنية التي تحكم الشيوع - تقرير حماية خاصة بالدراسات المترتبة رهنا رسميا في المادة ١٠٣٩ :

اتضح لنا مما تقدم أن الشريك يتمتع خلال فترة الشيوع بحق ملكية يتميز بطابع خاص . يبرز ذلك أولا بالنظر إلى محل الحق . إذ لا يختص الشريك باستئثار مانع على ذلك المحل . بل يتعدد الملاك بقدر عدد الشركاء . وينصب هذا التعدد على محل واحد هو المال الشائع كله .

ثم ينعكس هذا الطابع الخاص ، نتيجة للخصيصة الأولى ، على مضمون حق الملكية بما يخول من سلطات التصرف والاستغلال والاستعمال . فحق الشريك في مباشرة هذه السلطات يتقيد بمزاخمة الشركاء الآخرين . ومن ثم يتجرد من التسلط الانفرادي الذي تتميز به الملكية في صورتها المألوفة ، ويتمثل في تسلط جماعي يعبر عن مصالح الشركاء مجتمعين .

ووظيفة القسمة هي فض الشيوع ورد الملكية إلى صورتها المألوفة ، بإزالة التعدد الوارد على محل الملكية ، وإقصاء المزاخمة عن السلطات التي تخولها .

يتحقق ذلك بالكشف عن محل مفرز يستأثر به كل متقاسم . ويترتب على هذا الكشف أن يتحرر المتقاسم من القيود التي كانت تحمى من مضمون حقه ، فينفرد بمباشرة سلطاته دون أن يزاحمه أحد . وهذا هو الأثر الكاشف للقسمة .

على أن ذلك الأثر الكاشف لا ينبغي إلا إبراف في تفهم معناه . فهو لا يبرر الشيوع ، ذلك الوضع القانوني الذي قام واستمر فترة سابقة . بل يجب التسليم

بوجوده بما كان يحيط به من طابع خاص يتميز بتجريد كل شريك من حق الانفراد بالتصرف في المال الشائع على نحو يلحق الضرر بسائر الشركاء .

على ضوء الإقرار بتلك الحقيقة التي دامت فترة من الزمن ، يتحدد نطاق الأثر الكاشف للقسمة . فهو يفرض إلى القول بأن كل متقاسم يتلقى الحصة المفروزة التي اختص بها محررة من القيود والتكاليف العينية التي انفرد بتقريرها شريك آخر أثناء الشروع . ذلك أنه بهذا الانفراد خالف قواعد الملكية الشائعة ، وتجاوز مضمون حقه كشريك مشتت (١) .

هذه هي خلاصة الأصول الفنية التي رأينا الأخذ بها . وهي في تقديرنا تستقيم مع الأحكام التي وضعها المشرع المصري في رهن العقار المملوك على الشيوع ، ومصير هذا الرهن بعد فض الشيوع بالقسمة . فقد أفصح عن رغبة ظاهرة في الإبقاء على كل رهن قرره أحد الشركاء في حدود مضمون حقه أثناء قيام الشيوع . وهو بذلك يستجيب إلى الواقع فلا ينكر فترة الشيوع . ولكنه يحمي كل متقاسم ، فيكفل له أن تخلص إليه حصته محررة من كل رهن انفرد شريك آخر بتقريره . ذلك أن هذا الشريك قد تجاوز بتصرفه حدود السلطات المقررة له كشريك مشتت (٢) .

على أن المشرع لم يقنع في الرهن الرسمي بما أورده من أحكام عامة تحكم التصرف في المال الشائع ومصيره بعد القسمة . بل آثره علاوة على ذلك بأحكام خاصة ألقى بها في المادة ١٠٣٩ من التقنين المدني .

(١) أنظر ميرل الرسالة السابق الإشارة إليها ص ٣٢٨ فقرة ٢٤١ ، ص ٣٤٠ فقرة ٢٥٠ وراجع ماتقدم فقرة ٤٣ .

(٢) هذا النظر في تأصيل أحكام القانون المصري ينشأ فكرة الأثر الرجعي التقليدي ويتجه إلى تفسير المادة ٨٤٣ من التقنين المدني تفسيراً ضيقاً وهي التي تقضي بأن «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ولم يملك شيئاً غيرها في بقية الحصص» . راجع في هذا المعنى حسن كبيره المرجع السابق ص ٤٠٧ - وفي ضرورة إلغاء المادة ٨٤٣ إسحاق غانم المرجع السابق فقرة ١١٣ - وأنظر ماتقدم فقرة ٤٣ .

هذا الإيثار ينفرده الرهن الرسمي ، ويعبر عن حرص خاص من جانب المشرع في حماية الدائن المرتهن رهناً رسمياً . ونعني بذلك ما أورده في نص هذه المادة ، كما سبق البيان ، مقررأ « أنه إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها . انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل » .

تعالج هذه المادة الصورة التي ينصب فيها الشيوع على مجموعة من العقارات . وتحكم في هذا الشأن بأنه إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار أو جزء منه ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان أخرى غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة المرهون (١) .

هذا الحكم ينفرده الرهن الرسمي . فهو لم يرد في القاعدة العامة التي تحكم التصرف في المال الشائع ، والتي جاءت في المادة ٨٢٦ بقولها « إذا كان التصرف منصّباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إليه ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة »

تتناول القاعدة العامة في التصرف ، كما هو مستفاد من نص المادة السابقة ، الصورة التي يرد فيها التصرف على جزء مفرز من نفس المال ، ثم تقع القسمة فيختص المتصرف بجزء مفرز آخر . ويكون ذلك مثلاً بصفة خاصة في أرض زراعية مملوكة على الشيوع . فقد يتصرف الشريك في قطعة منها معينة الحدود ثم تفضى القسمة إلى وقوع قطعة أخرى في نصيبه . تطبيقاً للقاعدة السالفة ينتقل التصرف إلى هذه القطعة الأخيرة .

ذهب المشرع بشأن الرهن الرسمي في المادة ١٠٣٩ إلى أبعد من ذلك ، فأثّر به بحكم خاص ، حيث أجاز ذلك الانتقال ، في غير الصورة السابقة ، في حالة

(١) أنظر فقرة ٥ ، في بيان طريقة هذا الانتقال .

تعدد العقارات المملوكة على الشيوع . فحكم بأن الرهن المقرر من شريك على حصة شائعة أو جزء مفرز من عقار ، ينتقل في جلود قيمة الرهن إلى قدر من الأعيان التي اختص بها هذا الشريك إذا لم يقع العقار المرهون في نصيبه (١) .

هذا هو مجمل أحكام التقنين المدني بشأن رهن العقار المملوك على الشيوع ، ومنه نخلص إلى نتيجة هامة تتصل بشخص الراهن . وهي أن ملكية العقار لا يلزم أن تكون خالصة بل قد تكون شائعة . بل ولا يشترط أن تكون باثة كما قدمنا ، بل يجوز أن تكون احتمالية .

على أن القاعدة العامة هي وجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون .

(١) راجع في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٤ مكرر ، ٤٣٥ مكرر - شفيق شحاتة في النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ١١٢ . قارن سليمان مرقس فقرة ٤٩ ، عبد المنعم البدر اوى الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٢٥ . ويلاحظ في هذا الشأن ما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السادس ص ٨١ وما بعدها . فقد كانت المادة ١١٩٤/٢ من المشروع التمهيدى (أصبحت م ٨٢٦ في التقنين) تقضى بأنه « إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك الذي صدر منه التصرف » . ثم عدلت هذه الفقرة أمام لجنة المراجعة فأصبحت كما هي الآن في المادة ٨٢٦ . وجاء في تقرير لجنة المراجعة ما يستفاد منه أن هذا التعديل يتفق والأحكام الواردة في م ١٠٣٩ بشأن الرهن . على أن هذا القول لا ينبغي أن يؤخذ على إطلاقه . فالمادة ٨٢٦ تعالج فقط صورة التصرف في جزء مفرز من المال الشائع . ومن ثم يفرض تطبيقها إلى انتقال حق المتصرف إليه من ذلك الجزء إلى الجزء الآخر الذي آل إلى المتقاسم في نفس المال . أما المادة ١٠٣٩ فتذهب إلى أبعد من ذلك ، إذ تنص على انتقال رهن الحصة الشائعة أو الجزء المفرز من عقار إلى أعيان أخرى وقعت في نصيب المتقاسم . ذلك التفسير يعززه الاختلاف الظاهر في صياغة المادتين . فالمادة ١٠٣٩ تنفرد ببيان رهن الحصة الشائعة . وهذا يفيد أنها تعنى حالة تعدد العقارات . إذ لو اقتصر حكمها على عقار واحد فقط ، ما كان المشرع في حاجة إلى بيان حكم الحصة الشائعة . لأن تطبيق القواعد العامة يفرض إلى تقرير الرهن على نصيب الشريك في العقار بعد إفرازه ، ومن ثم لا نكون هنا بصدد انتقال الرهن . الانتقال لا يتصور في رهن الحصة الشائعة إلا في حالة تعدد العقارات . فتقدر قيمة هذه الحصة في العقار المرهون ، وينتقل الرهن إلى قدر مماثل من الأعيان الأخرى التي وقعت في نصيب الراهن .

قارن اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٤٢ هامش ١ ، ص ١٥٣ - وانظر دراستنا التالية للرهن الحيازي وجواز تطبيق حكم م ١٠٣٩ عليه .

هذا الحكم يصيبه استثناءات ، يرتد البعض منها إلى حماية الأوضاع الظاهرة ، والبعض الآخر يتناول حماية الدائن المرتهن حسن النية في حالة زوال الملكية بأثر رجعي .

٤٦ - حماية الأوضاع الظاهرة^(١) - حكم رهن المالك الظاهر :

كثيرا ما يقع في الحياة العملية أن يظهر شخص في نظر الكافة بمظهر المالك ، ويتعامل مع الغير حسن النية بهذه الصفة الظاهرة . فيحكم القانون رغم ذلك بصحة التصرفات القانونية التي يعقدها ، وسرياتها في مواجهة المالك الحقيقي .

هذا الحكم ، كما يبدو لأول وهلة ، يتضمن خروجاً واضحاً على كثير من المبادئ الأساسية في القانون المدني . فهو يهدر المبدأ الذي يقضى بقصور آثار التصرفات القانونية على أطرافها . إذ هو يلزم المالك الحقيقي وهو أجنبي عن التعاقد ، بتصرف عقده المالك الظاهر لصالح شخص آخر . وهو يناقض حكماً يرتد أصله إلى تاريخ بعيد ، وقوامه أنه لا يجوز للشخص أن ينقل إلى الغير من الحقوق أكثر مما له (٢) . إذ يترتب على الاعتداد بتصرف المالك الظاهر ، تقرير حقوق للغير على مال لم يكن مملوكاً للمتصرف . وأخيراً إذا اقتصرنا فقط على الرهن . نجد أن الاعتراف برهن المالك الظاهر يخالف نص

(١) أنظر في تفصيل نظرية الأوضاع الظاهرة ريبير وبولانجييه جزء ١ رقم ٣٦٨ - هنري مازو مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٤ ص ٩٢٩ عن مبدأ « الغلط الشائع يخلق القانون Error Communis Facit Jus » - فرانسوا جورف « مبدأ حسن النية » رسالة إلى كلية حقوق باريس ١٩٢٨ ص ١٨٣ وما بعدها - فوان « حسن النية » رسالة إلى كلية حقوق بوردو ١٩٣٩ ص ٣٦١ وما بعدها - أنسكلويدي دالوز الجزء الأول ص ٢٦٠ وما بعدها .

وراجع بصفة خاصة في هذا الموضوع رسالة الزميل عبد الباسط جيمبي عن « نظرية الأوضاع الظاهرة » (على الآلة الكاتبة) رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٥٥ .

(٢) ترجم المغفور له الأستاذ عبد العزيز فهمي هذه القاعدة اللاتينية في القانون الروماني بقوله « لا يملك الإنسان أكثر مما ملك » أنظر كتابه في ترجمة قواعد وآثار رومانية ١٩٤٧ ص ١٢ .

المادة ١٠٣٢ في فقرتها الثانية التي تقضى بوجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون .

على هذا النحو يبدو أن الاعتداد بالأوضاع الظاهرة لا يستجيب إلى الأصول القانونية البحتة . ومع ذلك فقد اعتد بها المشرع المصري في مواضع متفرقة من التقنين المدني ، وأطلق تطبيقها قضاء بعض البلاد الأجنبية . وفي ذلك كله تصوير صادق لانتصار الواقع على القانون في بعض الأحوال .

وينتجه الفقه الحديث إلى تأييد المشرع وتشجيع القضاء على التوسع في حماية من يطمئن إلى وضع ظاهر ، فيقبل على التعامل وهو يعتقد في صحته . والحكمة من ذلك الاتجاه هي كفالة أمن التعامل ، وتيسير المعاملات بلا قلق أو تردد . فكثيرا ما يتعذر على الشخص وهو يتعامل مع مالك شيء معين أن يعلم علم اليقين إذا ما كان الوضع الظاهر لهذا المالك ينبئ عن الحقيقة . فقد يتخذ الشخص في نظر الكافة مظهر المالك ويحيط مركزه بما يحمله على الاعتقاد بذلك بل وقد يتوافر حسن النية لدى المالك نفسه . حينئذ ينبغي الإبقاء على ما عقد . من تصرفات تأمينا لاستقرار المعاملات وتيسيرا لتداول الأموال . والقول بغير ذلك يشيع في نفوس الناس روجا من القلق والتحفظ ، فيحمل الكافة على الإسراف في الاحتياط ، والإمعان في التحري على نحو قد ينعكس أثره على التعامل القانوني فيصيبه الكساد (١) .

لهذه الاعتبارات مجتمعة استجاب المشرع المصرى إلى حماية الأوضاع الظاهرة (٢) . على أن الإحاطة بها تتجاوز نطاق بحثنا . ومن ثم نجتزئ منها ما يخص المالك الظاهر ، حتى يتيسر لنا بيان حكم الرهن الرسمى الذى يقرره .

(١) انسكلوبيدى دالوز الجزء الأول ص ٢٦٠ . فقرة ٢ وما بعدها .

(٢) أنظر على سبيل المثال نص المادة ١٠٧ في النيابة الظاهرة ، ونص المادة ٣٣٣ بشأن الوفاء

إلى الدائن الظاهر .

حكم رهن المالك بسره صورى : جاء التطبيق الهام لحماية من يثق فى

مالكية ظاهرة فى نص المادة ٢٤٤ من التقنين المدنى ، وهى تقرير ما يأتى « إذا أبرم عقد صورى فلدائى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى . كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضربهم (١) » .

قد تتحقق الملكية الظاهرة عن طريق الصورية . مثال ذلك أن يبيع الشخص عقارا بيعاً صورياً ، فىكون المشتري هنا مالكا ظاهراً للعقار . وقد يرهن المشتري الصورى هذا العقار ، فيثور التساؤل عن حكم هذا الرهن ، ومركز الدائن المرتهن إذا ما أراد التنفيذ على العقار .

غنى عن البيان أن الدائن المرتهن من المشتري يعتبر خلفا خاصا له . وقد قضت المادة ٢٤٤ بأن للخلف الخاص متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصورى . وهنا يبدو اعتداد المشرع المصرى بالوضع الظاهر . فالمشتري مالك ظاهر للعقار ، ومع ذلك أقر القانون الرهن الذى يقرره على هذا العقار لصالح دائن حسن النية . وحسن النية معناه أن يجهل الدائن صورية الوضع الظاهر . فلا يعلم بأنه يستتر حقيقة خفية أفرغها المتعاقدان فى ورقة ضد Contre lettre أعدت لتكون سرا بينهما . والمفروض فى الدائن أنه حسن النية ، ومن يدعى غير ذلك فعليه عبء إثبات ما يدعيه (٢) .

هكذا خرج المشرع المصرى عن القاعدة العامة فى وجوب تملك الراهن

(١) راجع السبورى الوسيط جزء ٢ ص ١٠٨٨ - اسماعيل غانم أحكام الالتزام ج ١ فقرة ١٠٤ وما بعدها - أنور سلطان أحكام الالتزام فقرة ١٥١ وما بعدها .

(٢) اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٧٦ فقرة ١١٤ - السبورى الوسيط جزء ٢ ص ١

للعقار المرهون . فاعتد هنا بالملكية الظاهرة (١) . والحكمة من الاستثناء واضحة . فقد أفصح المتعاقدان عن إرادة أعلنت للغير في التصرف الصوري ، فوضع الدائن ثقته في هذه الإرادة . وهي ثقة مشروعة جديرة بالحماية ، لأنه في مركز لا يمكنه من العلم بحقيقة الأمر . فلا ينبغي أن يهدر حقه . لأنه اعتمد على إرادة ظاهرة لم يكن في وسعه أن يتعرف على غيرها . هذه الإرادة البينة تخالف الإرادة الحقيقية للمتعاقدان . ومع ذلك فيجب تغليبها ، لأن الغير قد اطمأن إليها ، فحملته على اعتقاد كاذب بأن المشتري الضوري هو مالك العقار (٢)

وتتقن الحكمة من حماية الدائن المرتهن الذي يتعامل مع مالك ظاهر إذا ما تبين علمه بالحقيقة المستورة . حيث لا يحق له أن يتمسك بالإرادة المعلنة ، لأنها لم تبعث في نفسه الثقة . والعبرة في تحديد حسن النية بوقت تعامله مع المشتري الضوري ، وهو مفترض كما قدمنا ، وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه .

على أن الأمر قد يدق إذا ما رهن البائع (وهو المالك الحقيقي) هذا العقار . حيث تتعارض مصلحة المصالحات . فالدائن المرتهن من المشتري من صالحه أن يستند إلى الوضع الظاهر الذي اصطنعه المتعاقدان . بينما تظهر مصلحة دائن البائع في أن ينفذ إلى الحقيقة فيكشف الوضع المستتر .

(١) انظر بصفة خاصة رسالة عبد الباسط جميعي السابق الإشارة إليها ص ٢٧٤ ، حيث يرى أن أعمال العقد الصوري لصالح الغير الحسن النية إنما يرجع إلى أن المظهر الواقعي المخالف للحقيقة يجب أن تتولد عنه بالنسبة لهذا الغير نفس الآثار التي كانت تتولد لو استجمع هذا المظهر العناصر التي تحقق له الوجود القانوني الصحيح . ويخلص من ذلك إلى أن أحكام صورية هي مجرد تطبيق لنظرية المظهر .

(٢) أنظر في بيان معيار الإرادة البينة رسالتنا إلى كلية حقوق باريس « تحقيق الالتزام الإرادي في القانون المصري » ١٩٥٢ - وفي اتخاذ هذا المعيار كأساس لنظرية الثقة وتطبيقها على الصورية ص ١٧٦ - ١٩٥ .

أجاز المشرع ، بمقتضى نص المادة ٢٤٤ ، للدائن المرتهن من البائع (١) (وهو خلف خاص له) أن يتمسك بالوضع المستتر فيثبت صورية التصرف الظاهر بكافة طرق الإثبات .

ولكنه حكم بشأن التعارض بين من يتمسك بالوضع الظاهر ، ومن يستند إلى الوضع المستتر بتغليب مصلحة الأول . فقضت المادة ٢٤٤ في فقرتها الثانية بأنه « إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر . كانت الأفضلية للأولين .

يستجيب هذا الحكم إلى حرص المشرع على حماية الثقة المشروعة ، وتأمين استقرار المعاملات . وعلى هذا النحو فهو يفضل الدائن المرتهن من المالك الظاهر ، على من اكتسب حقه من المالك الحقيقي . (٢)

ومما ينبغى الإشارة إليه فى هذا الشأن أن هذا الحكم يصدق حتى ولو كان الدائن المرتهن من البائع قيد حقه قبل الدائن المرتهن من المشتري ، ذلك أن قاعدة الأسبقية فى القيد لا تحكم التزاحم على الأفضلية إلا حيث يكتسب الدائنون حقوقهم من رهن واحد . أما هنا فنحن بصدد تنازع بين دائنين تلقى كل منهما رهنه من

(١) يلاحظ فى هذا الشأن أن الدائن الذى يرهن العقار من البائع قبل إبرام التصرف الصورى قد تلتقى مصلحته فى الطعن بالصورية . ذلك أن حقه يكفل له أن يتبع العقار فى أى يد كان فلا يعميه أمر هذا التصرف . على أن تلك المصلحة قد تتوافر إذا لم يكن قيد رهنه . حينئذ ينبغى عليه أن يهدم الوضع الظاهر ليتوصل إلى بقاء العقار على ملكية البائع فيتمسك له قيد الرهن ، بل ويستفاد أيضا من بعض أحكام القضاء المختلط أن مصلحة الدائن المرتهن فى التمسك بصورية تصرف الراهن قد تظهر حتى ولو كان حق الدائن مقيدا ، وذلك حتى يتفادى إجراءات تتبع العقار تحت يد الغير ، فينفذ عليه على أنه مملوك لمدينه الراهن (وهو البائع) . وفى صورة عملية عرضت أمام القضاء المختلط طعن الدائن المرتهن فى تصرف البائع بالصورية ، لأنه كان قد اتخذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته ، فعشى إن لم يطعن فى صورية التصرف أن يحكم بإعلان هذه الإجراءات . (أنظر استئناف مختلط ٣ مارس ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ - ٣ يناير ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧) - راجع الوسيط للسنهورى الجزء الثانى ص ١٠٨٩ هامش ٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ فقرة ٤٢٦ .

مدین مختلف ، أحدهما اكتسب حقه من المالك الظاهر ، والآخر من المالك الحقيقي. والعبرة في هذا الشأن ليست بالأسبقية في تاريخ القيد . بل يقدم من ارتهن من المالك الظاهر تطبيقاً لنص النقرة الثانية من المادة ٢٤٤ في التقنين المدني (١).

حكم رهن الوارث الظاهر : قد يحدث عملاً أن يتسلم شخص أموال التركة بوصفه الوارث الحقيقي للمورث . ثم يتبين فيما بعد أن استحقاقه غير صحيح ، بوجود وارث آخر يحجبه حجب حرمان أو في القليل يشاركه في التركة. وهنا نكون بصدد وارث ظاهر Heritier apparent

غنى عن البيان أن ثبوت الوراثة الحقيقية لغيره يلزمه برد ماتسلم من أموال . ولكن تثار المشكلة التي تعيننا ، وتتصل بحكم الرهن الذي صدر من هذا الوارث الظاهر ، ومدى الحماية التي يجب أن نكفلها للدائن المرتهن في هذه الحالة .

فإذا كان الدائن المرتهن على علم بأمر هذه الوراثة الظاهرة ، انتهت الحكمة من حمايته ، ومن ثم يتسلم الوارث الحقيقي العقار المرهون محرراً من الرهن المقرر عليه .

ولكن الأمر يختلف إذا كان الدائن حسن النية ، أي تعامل مع الوارث وهو يعتقد أنه الوارث الشرعي . هل يعتد هنا بالملكية الظاهرة فيسرى الرهن في مواجهة الدائن الحقيقي ؟

لا يوجد في القانون المصري نص يعالج حكم تصرف الوارث الظاهر . وقد جاء في قضاء قديم لحكمة النقض ما يفيد إعراضها عن الاعتداد بتصرفات

(١) أنظر بلا فيول وريير واسمان جزء ٣٣٩ ص ٤٣٦ وما بعدها - بيدان ولاجار
جزء ٩٠٠ ص ٩٨٢ - السهوري الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٤ ص ١١٠٤ .

الوارث الظاهر ، ونفاذها في حق المالك الحقيقي (١)

وكان لنسبة الصور العملية التي عرضت أمام القضاء المصري (٢) بشأن تصرفات الوارث الظاهر أثره على موقف الفقه منها . فذهب البعض إلى عدم جواز الاحتجاج بتصرفات الوارث الظاهر على الوارث الحقيقي لصدورها من غير مالك (٣) . كما استبعد البعض الآخر الأخذ بها لأن نظرية الوارث الظاهر مجهولة عند القضاء المصري (٤).

ولعل مما يغري بانكار تصرف الوارث الظاهر هو تخلف السند التشريعي الذي يكفل الحماية لمن تعامل منه .

بل ويستند هذا الاتجاه إلى تطبيق حرفي للأصول العامة في القانون . فالوارث الظاهر لا يستطيع أن ينقل إلى الغير مالا يملك ، والوارث الحقيقي لا يجوز الاحتجاج عليه بتصرف لم يشترك فيه ، ورد على عقار مملوك له . ومن ثم لا تيسر حماية الدائن المرتهن حسن النية إلا بنص في القانون .

على أن هذا القول لا يحقق قواعد العدالة ، ولا يستجيب إلى استقرار المعاملات ووجوب حماية حسن النية . ومن هنا بذلت محاولات لحماية من يتعامل مع الوارث الظاهر ، والبحث عن سند لهذه الحماية . وقد استطاع الفقه والقضاء في فرنسا أن يقرر حماية شاملة من غير سند تشريعي . وروعى في ذلك بصفة خاصة أن حماية الأوضاع الظاهرة تقتضي تغليب الواقع على القانون

(١) نقض مدني في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ منشور بمجموعة عمر الجزء الأول ص ٨٢١ - ويستفاد من وقائع الدعوى في هذه القضية أن المحكمة لم تتعرض لتصرف الوارث الظاهر إلا بصفة عرضية . ومن ثم لا يجوز الاستناد إليه كحجة قاطعة في أن القضاء ينكر الاعتداد بتصرفات الوارث الظاهر . انظر في تحليل هذا الحكم والتعليق عليه عبد الباسط جيمعي المرجع السابق ص ١٤٣ وما بعدها .

(٢) راجع عبد الباسط جيمعي المرجع السابق ص ١٤٥ . حيث يفسر اسباب ندرة الصور العملية لتصرفات الوارث الظاهر . وينتهي إلى احتمال عرضها أمام القضاء في المستقبل - انظر على سبيل المثال قضاء مصر المستعجل ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٠ - محاماة سنة ٣١ رقم ٢٤٨ ص ٨١٧ .

(٣) سليمان مرقس في التأمينات العينية ص ٦٦ .

(٤) عز الدين عبد الله « حماية خاصة بالدائن المرتهن في القانون المصري » رسالة إلى كلية حقوق القاهرة ص ٣٠٨ .

إذا توافرت شروط معينة ، كان من شأنها إيهام الكافة بصدق الوضع الظاهر .
ولعل من المفيد ، أن نلقى نظرة عاجلة على اتجاه الفقه ورأى القضاء في فرنسا .
فقد يصلح ذلك سنداً لتقرير حماية الدائن المرتهن من وارث ظاهر في ظل
القانون المصري .

أول ما يعيننا الإشارة إليه في هذا الشأن ، أن الفقه والقضاء الفرنسي عمد
إلى تأصيل حماية الدائن المرتهن من وارث ظاهر بتطبيق قاعدة عرفية استقرت
في فقه القانون المدني منذ أمد بعيد ، فأصبحت من أصوله العامة . وهي أن الغلط
الشائع يولد الحق أو يفعل القانون *Jus error communis facit* (١) . هذه القاعدة
ترى إلى حماية الثقة المشروعة ، وتأمين استقرار المعاملات التي تمت على
أساسها . وبالتالي فهي تستجيب إلى قواعد العدالة (٢) .
هذه القاعدة تحمي الثقة المشروعة . ولا يتوافر ذلك إلا إذا كان الدائن
المرتهن حسن النية ، أي كان يجهل أن الورثة الظاهرة غير حقيقية . فيجب
إذن أن يقع في غلط فردي . وحسن النية يفترض حتى يقوم دليل عكسي
يهدمه (٣) .

ويأزم إلى جانب ما تقدم أن يكون هذا الغلط شائعاً يقع فيه أي شخص

(١) ريبير وبولانجيه جزء ٣ رقم ٢٣١٢ - جوسران جزء ٣ رقم ١٠٢٥ - بيدان وليبال
جزء ٥ مكرر بند ٦٢٠ - بيدان وفواران جزء ٤ بند ٣٦٠ - هنري مازو في مقاله عن هذا
المبدأ بالمجلة الفصلية القانون المدني ١٩٢٤ ص ٩٢٩ .

(٢) يبدو أن أصل هذه القاعدة يرتد إلى مغامرة طريفة قام بها أحد العبيد أيام الرومان . إذا
أخفى مظهره القانوني وظهر بمظهر المواطن الحر ، حتى توصل إلى شغل مركز البريتور . ثم
انكشف أمره فأثير النزاع بشأن ما أصدره من أحكام وقرارات . فأبقى عليها لاعتبارات تتعلق
بالعدالة . ومنذ ذلك التاريخ ذاع صيت هذه القاعدة فروج لها الكتاب اللاحقون حتى استقرت في
الفقه الحديث .

(٣) فرانسوا جورف انسكلويدى دالوز جزء ١ ص ٤٨٩ بند ٤٦ - فوان « بحسن النية »
رسالة إلى كلية حقوق بوردو ١٩٣٩ ص ٢٤٨ - رواست محاضرات في القانون المدني مع
التعق عن « الأصول العرفية في نظرية الالتزامات » باريس ١٩٥٤ ص ١٩٢ .

متوسط العناية والذكاء . فالثقة المشروعة التي يحميها القضاء الفرنسي في هذا الشأن ليست تلك التي تتصل بالدائن المرتهن فقط ، وإنما الثقة التي انبعثت عن اعتقاد عام بهذه الوراثية الظاهرة . وهنا ينبغي على الدائن أن يثبت شيوع الغلط (١) . ولا يستلزم القضاء الفرنسي أن يكون هذا الغلط عاماً على سبيل الإجماع . بل يكفي فقط أن يكون مركز الوارث الظاهر من شأنه أن يوقع في غلط لا يدركه الشخص العادي . والأمري في هذا الشأن متروك لتقدير القاضي (٢)

هذا هو موقف انقضاء الثقة في فرنسا . وقد تميز بروح التحرر ، فخلق حماية لا يسندها نص في القانون مستجيباً في ذلك إلى اعتبارات الواقع المستمدة من حماية الثقة المشروعة وقواعد العدالة .

ويبدو لنا أن القضاء المصري في وسعه أن يعتنق مسلك القضاء الفرنسي . يشجعنا على هذا القول أن التقنين المدني الجديد سجل اتجاهات تنبئ عن رغبته وحرصه في حماية الأوضاع الظاهرة . فهو كما تبين لنا من قبل حكم لصالح الدائن المرتهن الذي يتمسك بالتصرف الصوري ، فأقر بذلك الرهن الصادر من مالك ظاهر .

بل وقد أفصح عن هذا الاتجاه بوضوح وصراحة بشأن النيابة الظاهر ، ففقضى بحماية من يتعامل مع شخص انقضت نيابته ولكنه ظهر بمظهر النائب . وهو ما نصت عليه المادة ١٠٧ بقولها « إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » . وإنما إذ نقدر اختلاف هذا الحكم تماماً عن الحالة المعروضة علينا ، فإنما نستعين به فقط للكشف عن اتجاه عام للتقنين المدني الجديد في حماية الأوضاع الظاهرة .

(١) نقض فرنسي ٢٠ مايو ١٩٣٥ دالوز القسم الاول ص ٩٧ وتعليق كاييتان ، ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ دالوز الأسبوعي ١٩٤٠ ص ١٦٤ .

(٢) جاك دونيديو دي ناير « تصرفات الوارث الظاهر » المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤٠ ص ٣٨٥ - بودان وليبال جزء ٥ مكرر رقم ٦١٦ .

كذلك أيضاً نصت المادة ٣٣٣ على أن الوفاء يبرئ ذمة المدين إذا تم بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته . وهو ما يسمى بالدائن الظاهر الذي يعتقد الكافة أنه صاحب الحق . ويحدث ذلك في العمل بصفة خاصة بالنسبة إلى الوارث الظاهر حينما يتلقى حقوق مورثه لدى الغير . فيقوم أحد المدينين بالوفاء له على أنه الوارث الحقيقي . هنا قضى المشرع في المادة ٣٣٣ أن هذا الوفاء يبرئ ذمة المدين .

هذه بعض أحكام وردت في مواضع متفرقة من التقنين المدني تكشف عن اتجاه عام من جانب المشرع المصري في حماية الأوضاع الظاهرة . ولهذا فلعله يبدو من الأوفق أن يستند الفقه إلى هذا الاتجاه ، فيدفعه إلى الأمام على نحو يشمل به الدائن المرتهن من وارث ظاهر بحماية هو بها جدير .

ولسنا في هذا خارجين عن المألوف . ففي القضاء الفرنسي وفي فقهه مثال حتى على تقرير هذه الحماية على أوسع نطاق من غير نص تشريعي يسندها .

بل وقد أفصح المشرع مرة أخرى بصدد الرهن الرسمي في المادة ١٠٣٤ عن رغبته في حماية الدائن المرتهن بحسن النية الذي يرتهن عقاراً من مالك زالت عنه الملكية لأي سبب ؛ كبطلان أو فسخ أو رجوع أو إلغاء (١) .

هذه المادة تعالج صورة المالك الذي تزول عنه الملكية . ومن ثم فهي لا تصدق من ناحية فنية على الوارث الظاهر ، لأنه لم تثبت له الملكية أصلاً . ولكنها في

(١) في هذا المعنى عبد الباسط جيمعي المرجع السابق ص ١٤٢ وما بعدها وهو يقرر أنه «من الناحية التشريعية يمكن القول بأنه في ظل نصوص التوانين المدنية الحالية يتجه الرأي إلى اعتماد تصرفات الوارث الظاهر ، أو المالك الظاهر على وجه العموم ، أو من يظهر بمظهر الحق على وجه أعم ويمكن الاستئناس في هذا المقام بهذه النصوص الجديدة » .

القليل تصلح سنداً لتسجيل اتجاه المشرع المصرى فى حماية الدائن المرتهن
حسن النية (١) .

٤٧ - حماية الدائن المرتهن حسن النية من زوال الملكية بأمر ربهى

تنص المادة ١٠٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى « يبقى قائماً لمصلحة الدائن
المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه
أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم
فيه الرهن (٢) » .

(١) . جدير بالذكر أيضاً أن تشير إلى - مادة المفقود فى القانون المصرى . وقد نصت المادة ٤
من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الموارىث على ما يأتى « يوقف للمفقود من تركه موزله
نصيبه منها ، فإن ظهر حياً أخذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت
موت مورثه ، فإن ظهر حياً بعد الحكم بموته ، أخذ ما بقى من نصيبه بأيدى الورثة » يستفاد من حكم
هذه المادة أن القاضى إذا حكم بموت المفقود توزع الأموال التى حفظت من تركه مورثه على باقى
الورثة . وقد يرهن أحد الورثة عقاراً آلى إليه من - حصه المفقود . فإذا ظهر حياً فيما بعد ، يعود
العقار إليه . مثلاً بالرهن . ذلك أن المادة ٥ تقرر أنه لا يأخذ إلا ما بقى من نصيبه . أى
أنها تجيز تصرفات الورثة خلال الفترة التى حكم فيها بوفاته . ومن باب أولى يسرى فى مواجهته
الرهن الذى يكتسبه الدائن المرتهن . ويعتبر الوارث الراهن بمثابة وارث ظاهر ، لأنه اتضح فيما
بعد أن استحقاقه غير صحيح بظهور المفقود حياً .

أما عن أموال المفقود الخاصة فقد نصت المادة ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه
بعد موت المفقود يقدم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم . وظاهر من نص هذه المادة
أنها غنيت فقط بتقسيم التركة ، ولكنها لم تتعرض لمصير التصرفات التى يعقدها الورثة فى حالة
ما إذا ظهر المفقود حياً .

(٢) تضمن النص المقابل لهذه المادة فى المشروع التمهيدى فقرة ثانية كانت تقضى بما يأتى
« ويكون صحيحاً كذلك الرهن الصادر من غير مالك إذا ثبت أن الراهن كان وقت الرهن حائزاً
للعقار المرهون منذ خمس سنوات ، على أن يثبت الدائن المرتهن أن لديه أسباباً معقولة كانت
تجعله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون » وقد حذفت هذه الفقرة أمام لجنة المراجعة حيث
رأت فى حكمها تطرفاً فيه مخالفة للقواعد العامة بخير مسوغ . أنظر جزء ٧ مجموعة الأعمال
التحضيرية من ١٩ وما بعدها .

على أن المادة ١٠٣٤ فى التقنين حقت توحيداً تشريعياً لنصوص تنشرت
فى مواضع متفرقة . اقتسمها التقنين الوطنى والمختلط فى ظل القانون القديم .

تعالج هذه المادة صورة الرهن الصادر من مالك العقار إذا زالت عنه الملكية بأثر رجعى . وتضع حكماً يتصل بمصير هذا الرهن بعد زوال الملكية .

الاستجابة المطلقة للنتائج التقليدية التى تترتب على الأثر الرجعى ، تفضى إلى القول بزوال الرهن فى هذه الحالة . ذلك أن القانون يعتبر الراهن وكأنه لم يملك العقار أصلاً . وعلى ذلك تسقط كافة التصرفات القانونية التى أجراها بشأنه . ويقول الفقه أيضاً إن الشخص لا يستطيع أن يربط للغير حقوقاً أكثر مما له . وبالتالي يكتسب الدائن المرتهن ، وهو خلف خاص للمدين ، حق الرهن على العقار وهو مهدد المصير . إذ يرتبط ببقاء ملكية الراهن أو زوالها .

بل ونستطيع أن نقرر أيضاً ، أن زوال ملكية الراهن بأثر رجعى يجعل تصرفه فى حكم رهن ملك الغير . وهذا لا يسرى على المالك الحقيقى إلا إذا أقره بورقة رسمية .

هذه هى النتائج التى يفضى إليها منطق الأثر الرجعى لزوال الملكية . وهى لا شك تسمى إلى مركز الدائن المرتهن . بل وتهدر ثقته المشروعة ، إذا كان قد اكتسب حقه بحسن نية أى وهو يعتقد صدوره ممن يملكه ، على نحو لا يجعل مصيره مهدداً بالزوال .

لهذا عنيت التقنيات الحديثة ، يسندها فقه سائد وقضاء مستقر ، بحماية مبدأ حسن النية . حتى ولو كان ذلك على حساب إهدار بعض الأصول التى ذاع صيتها فى القانون المدنى منذ أمد بعيد ، كتلك التى تقرر أثراً رجعياً لبعض المراكز القانونية ، وتطلق تطبيق هذا الأثر على أوسع نطاق .

من هنا ظهر الحرص فى جهود المحدثين على الحد من إطلاق الأثر الرجعى إذا اصطدم فى تطبيقه مع حقوق اكتسبها الغير بحسن نية (١) .

(١) انظر شفيق شحاته فقرة ١٠٠ - عبد الباسط جيمى المرجع السابق . وهما يتفقان فى تأسيس حكم المادة ١٠٣٤ على نظرية المظهر وحماية الدائن المرتهن من مالك ظاهر .

هذا هو الأساس الذي بنى عليه حكم التقنين المدني في المادة ١٠٣٤ والذي على ضوئه نستطيع بيان الشروط التي تلزم لتطبيقها .

يجب أولاً أن يتلقى الدائن حقه من رهن اكتسب ملكية العقار قانوناً . ويلزم ثانياً أن تزول هذه الملكية عن الرهن بأثر رجعي يرتبه القانون : ويشترط أخيراً أن يتوافر لدى الدائن حسن النية .

١ - يجب أن يكون الرهن قد اكتسب ملكية العقار قانوناً . هذا الشرط يقتضي أن تنتقل إلى الرهن ملكية العقار المرهون بسند ناقل لها (١) .

وعلى هذا النحو لا يعتمد بالسند الباطل بطلاناً مطلقاً (٢) . فلا يستطيع الدائن

(١) يلاحظ بشأن هذا الشرط ما سبق بيانه من أن حكم المادة ١٠٣٤ لا ينصرف إلى حماية الوارث الظاهر . حيث أنه لم تثبت له الملكية أصلاً ، بل كان استحقاقه في الميراث غير قانوني . الفرض هنا أن يكتسب الرهن الملكية بسند قانوني ثم تزول عنه فيما بعد بأثر رجعي . أنظر فقرة ٤٦ . قارن عبد الباسط جيمبي المرجع السابق ص ٣٥٥ .

(٢) . قارن عبد الباسط جيمبي المرجع السابق ص ٣٥٠ . وهو يقترح إطلاق نص م ١٠٣٤ بحيث تفهم فيها كلمة « المالك » على معنى المالك الظاهر ، ولفظ « سند الملكية » على معنى السند الظاهر . ويقرر الزميل أن النص يكفل حماية الدائن المرتهن في حالة إبطال سند ملكية المدين الرهن أو فسخه أو الغائه أو زواله لأي سبب آخر . وهذه العبارة الأخيرة تلفت النظر ، لأنه مامعنى زوال السند لأي سبب آخر ، أي لأسباب غير ماسبق أن مذكروته المادة ؟ إن هذه الصياغة تفيد تقرير الحماية حتى في حالات البطلان المطلق لسند ملكية الرهن . وهو يستطرد في توسيع الحماية بحيث تشمل أيضاً السند المزور والسند الصوري .

والحجة الأساسية للرأي المتقدم هي أن الحماية المقررة في المادة ١٠٣٤ شرعت لصالح الدائن المرتهن . ولذلك فالمنطق يقضي بأن تكون العبرة في توفير هذه الحماية هي بالنظر إلى موقف الدائن المرتهن ، لا بموقف المدين . فلا يقام أي وزن لسند المدين ولكونه حسن النية أو سوء النية . وإنما يكفي أن يكون في يده سند له من مظاهر السلامة ما يؤدي إلى اعتقاد الدائن المرتهن (على أساس معيار موضوعي) بملكية مدينه الراهن وثباتها . وبذلك يكون الجبكم واحدا سواء كان سند المدين باطلا بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، مادام الدائن يعتقد في سلامة هذا السند . فدرجة البطلان لا تؤثر في مظهر العقد ومظهر صحته . فن الميسور مثلاً أن يعلم الدائن المرتهن بنقص اهلية من تعامل مع الراهن ، وبالتالي يعلم بقابلية سند ملكية الراهن للإبطال . بينما قد يتعذر عليه معرفة أن سند الملكية باطل بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب .

على ضوء الاتجاه المتقدم تكون العبرة في تطبيق نص م ١٠٣٤ هي بموقف الدائن . فإذا كان =

المرتهن أن يحتج بحقه في مواجهة المالك الحقيقي ، لأنه تلقى الرهن من مجرد واذع
يد لم تثبت له الملكية . مثال ذلك أن تتم هبة العقار في ورقة عرفية . تخلف
الرسمية هنا يبطل عقد الهبة بطلانا مطلقاً . فلا تثبت للموهوب له ملكية
العقار ، وبالتالي لا يسرى الرهن المقرر عليه في مواجهة الواهب .

كذلك أيضاً لا يعتد بالرهن الصادر من المشتري بعقد غير مسجل . لأن
الملكية لا تنتقل ، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير ، إلا بالتسجيل . وعلى هذا
النحو لا يحق للدائن المرتهن أن يتمسك بالرهن في مواجهة البائع إذا قضى
بإبطال البيع أو فسخه (١)

٢ - يجب أن تزل الملكية عن الراهن بأثر رجعي يرتبه القانون . وقد
عرفت المادة ١٠٣٤ المالك في هذا الشأن بأنه من تقرر إبطال سند ملكيته أو
فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر .

الأصل في الأثر الرجعي أن يترتب بناء على نص في القانون . على أنه يجوز
للأفراد أيضاً تقريره كما هو الحال في التقايل . فهو تحلل من الرابطة التعاقدية
برادة المتعاقدين ، مثال ذلك أن يتقايل البائع والمشتري بعد انعقاد بيع العقار .
يعتبر ذلك عقداً جديداً ناقلاً للملكية من المشتري إلى البائع مرة أخرى . والأصل
فيه أنه لا يترتب أثراً رجعياً . ولكن يجوز للطرفين الاتفاق على ترتيب هذا

== حسن النية أي غير مخفي في الاعتقاد بسلامة سند ملكية الراهن ، فهنا يجب حمايته ، بصرف النظر
عن كون هذا السند باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قابلاً للإبطال . فالعبرة إذن بمظهر العيب لا بجوهره .
فإذا كان عيب السند ظاهراً فهنا لا يحسب الدائن المرتهن ، وإن كان خفياً وجبت حمايته بصرف
النظر عن جسامته العيب ..

وإننا نسلم بوجاهة الاعتبارات التي دفعت صاحب هذا الرأي للإدلاء برأيه . بل وفطووعه
أيضاً في وجوب حماية المظهر على أوسع نطاق . ولكن الحرج يمنعنا في صور البطلان المطلق إزاء
صراحة نص المادة ١٠٣٤ في الحديث عن الرهن الصادر من المالك . فهي تفترض إذن أن الراهن
مالك للعقار ، وهو ما لا يتوافر في حالة بطلان سند ملكيته بطلاناً مطلقاً . ومن الجائز حينئذ
حماية الدائن المرتهن لا على أساس المادة ١٠٣٤ ، وإنما على أساس تطبيق عام لمبدأ أن الغلط
الشائع يولد الحق . وهو ما أخذنا به في صورة الوارث الظاهرة - راجع ماقدم فقرة ٤٦ .

(١) استئناف مختلط ٥ مايو ١٩٣٦ مجموعة ٤٨ ص ٢٥٤ .

الأثر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد (١). هذا الاتفاق لا يضر الدائن الذي ارتهن العقار من المشتري قبل التقايل . بل يبقى الرهن قائماً في مواجهة البائع ، لأن الأثر الرجعي الاتفاقى لا ينتج أثره إضراراً بصالح الغير (٢) .

أما الحماية التي تعنيها نص المادة ١٠٣٤ فتتصرف إلى الدائن المرتهن من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعي رتبته القانون .

والأمثلة على ذلك متعددة . فقد يتلقى الراهن ملكية العقار المرهون بمقتضى عقد بيع يحكم بإبطاله لعيب في الرضاء أو نقص في الأهلية ، أو يقضى بفسخه لعدم تنفيذ أحد طرفي العقد التزاماته . وقد يكتسب الملكية بموجب عقدهبة ، ثم يرجع فيها الواهب إذا توافرت الشروط المبينة بالقانون .

في كل الصور المتقدمة يترتب على الإبطال والفسخ والرجوع زوال الملكية عن الراهن بأثر رجعي . هذا الأثر الرجعي يستفاد صراحة من نصوص القانون (٣) .

وقد استبان لنا مما تقدم أن إطلاق تطبيق ذلك الأثر يفضى إلى إهدار حقوق الدائن المرتهن بحسن نية من مالك زالت عنه ملكيته ولهذا أحسن التقنين المدني صنفاً بالحد من أثره عن طريق الحماية التي كفلها للدائن في المادة ١٠٣٤ .

والمرجع بإقراره تلك الحماية يستجيب إلى اتجاه الفقه الحديث بشأن الأثر الرجعي . ذلك أن التصوير التقليدي له يتضمن الإنكار التام لفترة سابقة من الزمن يلغى خلالها كل ما تم من آثار قانونية .

(١) أنظر حكم محكمة النقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى بوزارة العدل السنة الرابعة العدد الثاني ص ٦٩٨ .

(٢) جيجود «دراسة في الأثر الرجعي الاتفاقى» . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣١ ص ٢٩٢ .

(٣) راجع نصوص المواد ١٤٢ في الإبطال ، ١٥٩ في الفسخ ، ٥٠٣ بشأن الرجوع في الهبة ، وكلها تقضى بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد .

هذا القول يباعد بين القانون والواقع . فالمشرع إذا لجأ إلى صناعة قانونية قائمة على الافتراض ، وجب تقييد نطاقها في حدود الهدف من استخدامها . والأثر الرجعي في الأحوال السابقة يرمى إلى إنكار السند الذي اكتسب الراهن بمقتضاه الملكية . وهو في ذلك يستجيب إلى إرادة المتعاقدين أو أحدهما . ولكنه لا ينبغي أن يضر الدائن الذي منح ائتمانه على أساس توافر سند الملكية لدى الراهن .

لهذا قضى المشرع بالحد من الأثر الرجعي ، واحترام المراكز القانونية المكتسبة خلال الفترة السابقة على زوال الملكية ، تأميناً لاستقرار المعاملات واحتراماً للثقة المشروعة . والقول بغير ذلك يحمل على الإسراف في الحذر على نحو يضر بالائتمان .

على أن هذه الحماية التي يقررها الشارع لا تنصرف إلا لمن هو جدير بها . ومن هنا استلزم شرطاً هاماً يتعلق بتوافر حسن النية لدى الدائن المرتهن .

٣- يجب أن يكون الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن . يستفاد هذا الشرط صراحة من نص المادة ١٠٣٤ . ويعتبر أساساً لتقرير الحماية التي جاءت بها .

أول ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الشأن ما جاء في المواد ١٥ ، ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري . ذلك أنها وضعت تحديداً زمنياً على أساس تاريخ معين ، تنتهي بعده حسن نية الدائن بطريقة قاطعة لا تقبل إثباتاً عكسياً .

إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥ على أنه « يجب التبشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى » .

وتقتضى المادة ١٧ بما يأتي « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

يستفاد من النصوص المتقدمة أن الطاعن في سند ملكية الراهن بإبطال أو فسخ ، أو بدعوى رجوع في الهبة مثلاً ، يجب عليه تسجيل دعواه أو التأشير بها على هامش التصرف المسجل . ويترتب على ذلك أن حق الدائن المرتهن إذا تقرر على العقار في تاريخ لاحق على تسجيل الدعوى أو التأشير بها ، لا يسرى في مواجهة المدعى إذا ما قضى لصالحه . ويسرى هذا الحكم حتى ولو كان الدائن حسن النية فعلاً . أي يجهل أن سند الراهن مطعون فيه ، وأن دعوى الطعن قد سجلت أو أشر بها على هامش سند الملكية المسجل . فقد أقام المشرع قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على أن إجراء تسجيل دعوى الطعن أو التأشير بها ينفي حسن النية عن الدائن المرتهن للعقار في تاريخ لاحق .

والحكمة من هذه القرينة القاطعة ترتد إلى أن الدائن كان في وسعه أن يعلم بأن سند ملكية الراهن مهدد بالزوال . ذلك أنه كان ينبغي عليه وهو بسبيل إرتهان العقار أن يطلع في سجلات الشهر العقاري على سند ملكية الراهن . هذا الاطلاع يتيح له أن يعلم بوجود دعوى قد تنفض إلى زوال هذه الملكية . فإن أهمل الدائن في هذا الشأن ، فهو غير جدير بالحماية ، وبالتالي لا يعتد بحقه .

أما قبل تسجيل الدعوى أو التأشير بها فيجوز للدائن المرتهن أن يتمسك بحقه إذا كان قد كسبه بحسن نية . وكان حسن النية إذن يحدد نطاقه فقط قبل اتخاذ هذا الإجراء .

يستجيب حسن النية بمعناه الحديث إلى فكرتين أساسيتين . الأولى تقتضي رعاية الثقة المشروعة . والثانية تتضمن التجاوز عن الاعتقاد القائم على غلط مغتفر في سلامة مركز من المراكز القانونية .

فاذا اكتسب شخص حقه من مالك انتقلت إليه الملكية بسند قانوني ، وجبت حمايته لو زالت هذه الملكية بأثر رجعي . لأنه وضع ثقته في هذا السند فاطمأن إلى ملكية المتصرف . وإذا غاب عنه أن السند مهدد بالزوال ، فإن ذلك لا يهدر حقه . فهو غير مخطيء في هذا الاعتقاد المغتفر ، إذ لم يكن في وسعه أن يدرك الحقيقة (١) .

والأصل أن حسن النية يفترض . وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت العكس (٢) . هذه القرينة وإن وردت في المادة ٩٦٥ من التقنين المدني بشأن الحيازة ، إلا أن حكمها عام يصدق على كل صور حسن النية (٣) .

على ضوء ما تقدم يمكن تحديد مركز الدائن المرتهن . فيعتبر حسن النية إذا كان في الوقت الذي أبرم فيه الرهن يجهل السبب الذي يهدد ملكية الراهن بالزوال . فهنا تجب حماية ثقته المشروعة ، والتجاوز عن اعتقاده الخاطيء بأن الملكية قد استقرت للراهن (٤) .

على أنه إذا ثبت أن الدائن كان في وسعه أن يعلم بالسبب الذي قد يزيل الملكية عن الراهن ، ينتفى عنه حسن النية . لأن اعتقاده الخاطيء هنا غير مغتفر . ومن ثم لا تتوافر لديه الثقة المشروعة التي يحميها المشرع . مثال ذلك أن يكون الراهن قد اشترى العقار بعقد ذكر فيه أن الثمن لم يسدد . العقد هنا مهدد

(١) انسكلوبيدى دالوز الجزء الأول ص ٤٨٧ فقرة ٣ ، ٦ .

(٢) وحسن النية الذي يفترض هو المعنى السلبي لحسن النية ، أى عدم العلم بحقيقة الواقع واقتراضه طبيعى . أما حسن النية بمعناه الإيجابي ، أى الغلط الشائع أو الاعتقاد المغتفر في سلامة سند ملكية الراهن واستقراره ، فهو واجب الإثبات . في هذا المعنى عبد الباسط جميعى المرجع السابق ص ٣٤٠ وبصفة خاصة ص ٣٤٤ ، راجع أيضا ما قدمناه بشأن الوارث الظاهر وشروط حماية الدائن المرتهن منه . ويشير الزميل عبد الباسط إلى أن تكليف الدائن بإثبات حسن النية بمعناه الإيجابي أمر طبيعى . إذ أنه ينطوى على بذل جهد إيجابي في التحرى يؤدي إلى انتفاء التقصير في جانب من يقوم به .

(٣) راجع ديكتوينيه « القرائن في القانون الخاص » رسالة من ليل ١٩٥٠ بند ٨٠ .

(٤) انظر فرانسوا جورف « مبدأ حسن النية » رسالة من باريس ١٩٢٨ ص ٢٣٢ .

بالزوال عن طريق الفسخ لعدم أداء الثمن . وقد كان في وسع الدائن أن يعلم بذلك الخطر ، إذا أطلع على سند الملكية المسجل . وهو احتياط مألوف يتخذه الدائن عادة قبل ارتهاق العقار للتحقق من ملكية الراهن (١) .

المعيار إذن في تحديد حسن النية الدائن هو علمه أو إمكان علمه (٢) بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال .

والعبرة في ذلك بوقت إبرام الرهن كما يستفاد من نص المادة ١٠٣٤ من التقنين المدني ، لأن هذا هو الوقت الذي يمنح فيه الدائن الائتمان للمدين مقابل تقزير الرهن على العقار . وعلى هذا النحو فالعلم اللاحق بما يهدد ملكية الراهن من خطر الزوال لا يؤثر على حسن نية الدائن ، طالما أنه توافر عند انعقاد الرهن (٣) .

على أن لإثبات سوء نية الدائن أمر عسير في العمل . ومن ثم ففي الغالب من الأمر تنصرف الحماية المقررة في المادة ١٠٣٤ من التقنين المدني إلى كل دائن ثبت حقه قبل تسجيل دعوى الطعن في سند الملكية أو التأشير بها .

ويلاحظ في هذا الشأن أنه يجب قيد حق الدائن المرتهن قبل تسجيل دعوى الطعن في سند الراهن أو التأشير بها ، وذلك حتى يستطيع أن يتمسك بالرهن في

(١) راجع عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٣٠ .

(٢) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري تنص في فقرتها الأخيرة على أنه « يعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعوى » . وأشير لهذا الحكم في المذكرة الإيضاحية للقانون (بند ٢٥) . ثم صدر مرسوم ٢٩ سبتمبر ١٩٤٧ بإلغاء هذه الفقرة على اعتبار أن ذكرها في نص المادة جاء نتيجة خطأ مادي .

(٣) يذهب رأى جدير بالذكر إلى أنه إذا تقرر الرهن ضماناً للوفاء بدين مستقبل ، فالعبرة بتحديد حسن نية الدائن ليس بإبرام الرهن ، وإنما بوقت وجود الدين المضمون . إذ منذ هذا الوقت فقط يتولد حق الرهن . ولا يغير في هذا القول أن مرتبة الرهن تثبت من تاريخ القيد حتى ولو تم قبل نشأة الالتزام (م ١٠٥٨) . لأن هذه الأفضلية استثناء مقرر بنص في القانون يجب ألا يتجاوز الغاية منه . انظر عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٢٩ هامش ٣ في تعليقه على حكم استئناف مختلط ٢٨ مايو ١٩٤٢ مجموعة ٥٤ ص ٢١٣ .

مواجهة رافع الدعوى . إذ يعتبر هذا الأخير في حكم الغير وقت انعقاد الرهن فلا يكون قائماً في مواجهته إلا باجراء القيد .

هذه هي الحماية التي نظمها التقنين المدني الجديد لصالح الدائن المرتهن حسن النية من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعي . وينبغي ، كما ظهر مما تقدم ، أن يقترن الإلمام بأحكامها بالنظر إلى ما جاء في المواد ١٥ ، ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري .

هذا النظر له أهمية خاصة . إذ أننا نرى إطلاق نطاق الحماية المقررة في نص المادة ١٠٣٤ من التقنين المدني ، فلا نجعلها قاصرة فقط على الرهن الرسمي بل تمتد لتشمل الدائن المزود بحق اختصاص ، والدائن المرتهن رهناً حيازياً (١)

٤٨ - رهن المبنى القائمة على أرض الغير - مسكم المادة ١٠٣٨

صرنى رتبتمى استناد من وموب تملك الراهم للمقار المرهونه:

من المبادئ المقررة في القانون المدني أن ما لصق بالأرض فله حكمها Accessio solo cedit . والأصل أن صاحب الأرض يملك ما يلتصق بها من منقول . وفي هذا الشأن قضت المادة ٩٢٢ من التقنين المدني بأن « كل ما يرد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له » .

على أنه يجوز لمن بنى في أرض الغير أن يثبت أنه هو الذى أقام البناء على نفقته . ولكن إقامة الدليل على ذلك لا يكسبه ملكية البناء ، بل يملكه صاحب الأرض . وتخضع علاقته بالمبنى للقواعد العامة في الالتصاق (٢) (المواد ٩٢٢

(١) في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٩٩ ص ٨٦ ، هاش ٢ ، عبد الفتاح عبد الباقي فقرة

٢١٧ .

(٢) انظر في حكم الالتصاق وتنظيم علاقة مالك الأرض بمن أقام البناء ، عبد المنعم البدر اوى الحقوق العينية الأصلية بند ٣٩ وما بعده - بلانيول وريبير وبيكار جزء ٣ بند ٢٦٧ ، ٢٧٥ .

وما بعدها) . ويختلف حكمها حسب علم الباني أو جهله بأنه أقام البناء في أرض الغير .

فإذا سلمنا بأن البناء يلتحق بالأرض فيكون مملوكاً لصاحبها ، وجب القول بأن رهن هذا البناء لا يجوز صدوره إلا من مالك الأرض . وإذا قرره من أقام البناء ، كنا بصدد رهن لمالك الغير لا يقع صحيحاً إلا بإقرار المالك وهو صاحب الأرض . هذا الحكم مطلق التطبيق لا يصيبه الاستثناء .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن اكتساب صاحب الأرض ملكية المباني المشيدة عليها بالاتصاق ، لا يعتبر حكماً متعلقاً بالنظام العام يمتنع على الإرادة أن تتناوله بالتعديل . بل إن المشرع وضع قرينة قابلة لإثبات ما يهددها . ويستفاد هذا صراحة من نص المادة ٩٢٢ في فقرتها الثانية التي تقرر « أنه يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها » .

يجوز إذن في بعض الأحوال أن تصبح المباني مملوكة لصاحب الأرض إذا وجد اتفاق يقضي بذلك (١) . فالقانون يميز لمالك الأرض أن يصرح للغير باقامة منشآت تكون مملوكة له . هذا الغير قد يكون صاحب انتفاع ، وقد يكون مستأجر العقار ، بل وقد يكون مجرد واضح يد على الأرض غير مزود بحق انتفاع أو إيجار (٢) .

(١) وبالقياس على حالة الاتفاق الصريح قضت محكمة النقض بأن قواعد الالتصاق لا تنطبق إذا أقام البناء من اشترى الأرض قبل تسجيل العقد . فالأصل أن الأرض لا زالت مملوكة للبائع قبل التسجيل . ومع ذلك يملك المشتري البناء الذي أقامه عليها . ذلك أن المشتري يتسلمه العقار المبيع أصبح حائزاً له . ومن ثم له أن ينتفع به بكافة الوجوه ، ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار ويكون ملكاً له . (نقض مدني ١٢ يناير ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ١٦٦) يستفاد من هذا الحكم أن المشتري بعقد غير مسجل له أن يبني على الأرض ويملك هذا البناء رغم أن ملكية الأرض لم تنتقل إليه ، وذلك على أساس أنه قد حصل تصريح ضمني بذلك من البائع . انظر في تقدير هذا الحكم ونقده محمد علي عرفه أسباب كسب الملكية فقرة ٥٧ ص ١٠٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ بند ٣٦٨ ص ٤٠٤ .

وكثيرا ما يحدث في العمل أن يسمح صاحب الأرض لأجنبي أيا ما كان سند حيازته بأن يقيم عليها منشآت . ويقترن هذا الإذن بتنازل صريح عن تطبيق احكام الالتصاق خلال فترة معينة (قد تكون مدة الانتفاع أو مدة الايجار مثلا) .

وأيا ما كان الامر فثل هذا الإتفاق لا ينشأ عن البناء صفة العقار . بل تلحقه هذه الصفة بمجرد استقراره في الأرض . ولكن يتمثل أثره في تراخي اكتساب صاحب الأرض ملكية البناء تطبيقاً لأحكام الالتصاق . وثبتت الملكية بصفة مؤقتة لمن أقام البناء فعلا .

على ضوء هذا التحديد استقر الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي (١) على أن مالك البناء بصفة مؤقتة له أن يرهنه ، وذلك دون إخلال بحكم الالتصاق ، حينما تؤول ملكية هذا البناء لصاحب الأرض في المدة المحددة . ومن هنا وجبت التفرقة بين مرحلتين .

ففي خلال المدة التي يكون فيها المنتفع أو المستأجر أو مجرد واضع اليد مالكا للمباني ، ينتج الرهن أثره على وجه الإطلاق . فيستطيع الدائن المرتهن إذا استحق أداء الدين أن ينفذ عليها ، ويستوفي حقه من ثمن بيعها جبرا على المدين .

أما إذا انقضت المدة المحددة لهذه الملكية المؤقتة ، فهنا تنطبق أحكام الالتصاق ويصبح صاحب الأرض مالكا للمباني . ولا يجوز للدائن المرتهن أن يتبعها تحت يده . وإنما يتعلق حقه بالتعويض الذي يستحقه الباني في علاقته بصاحب الأرض .

اعتنق التقنين المدني الجديد هذا الاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسي . فنص في المادة ١٠٣٨ من التقنين المدني على ما يأتي « يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها . وفي هذه الحالة يكون للمرتهن حق التقدم في استيفاء

(١) بودان وفواران جزء ١٢ بتد ٣٧٨ - انظر أيضا بليمان مرقس ص ٧٧ .

الدين من ثمن الانقراض إذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق» (١) .

وأول ما يلاحظ على هذه المادة أنها لا تنطبق إلا فى الأحوال التى يكون فيها الباني تملك المنشآت التى أقامها على أرض الغير . وقد أجاز المشرع ذلك فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ فى التقنين المدنى . وبذلك تراخى أحكام الالتصاق فتثبت للباني ملكية مؤقتة . وعلى هذا النحو يتمتع بكافة ما تخوله هذه الملكية من سلطات ، فله أن يستغل البناء وأن يستعمله وأن يتصرف فيه . وتطبيقاً لذلك يجوز له أن يرهنه أيضاً .

على أن ملكية الباني تنفرد بطابع خاص ، ذلك أنها ترتبت خروجاً على القواعد العامة فى الالتصاق . ومن ثم فهى تثبت مقيدة ، ولا تهلر أحكام الالتصاق مستقبلاً حينما توول ملكية البناء إلى صاحب الأرض .

ينعكس هذا الطابع الخاص على حق الدائن المرتهن . فيجعل مضمون الحق العيى التبعى مجرداً من أثر تقليدى يصاحب الرهن ، وهو التبع . إذ يتمتع على الدائن أن ينفذ على البناء بالطرق الطبيعية المحولة له ، تحت يد صاحب الأرض ، حينما توول إليه الملكية بحكم الالتصاق فى الموعد المحدد .

على أن حق الدائن المرتهن إن تجرد من التبع على النحو المتقدم ، فهو مزود بالأفضلية التى تعتبر من جوهره . ولكن هذه الأفضلية لا يباشرها على ثمن بيع البناء بالطريق المألوف ، وذلك لأن حقه فى تبعه قد انقضى . وإنما ترد الأفضلية

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تعليقاً على م ١٤٤٥ (المقابلة للمادة ١٠٣٨ فى التقنين) ما يأتى « إذا رهن المباني صاحبها يقع الرهن عليها محدوداً بتمتوقه ، فيبقى الرهن ما بقيت المباني قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض . فاذا انتقلت الملكية بالالتصاق انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المباني . وإذا نزع المباني فى الحالات التى يجوز فيها ذلك كان للمرتهن حق التقدم على ثمن الانقراض . وهذه حالة من حالات الحلول العيى التى نص عليها المشروع » جزء ٧ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٨ .

هنا على ثمن الانقراض أو التعويض المستحق . هذا التعويض يخضع لتنظيم خاص ورد في الأحكام العامة في الالتصاق .

وغنى عن البيان أن مالك البناء يعتبر دائماً حسن النية ، لأنه لا يملك البناء إلا بإذن من صاحب الأرض ، ومن ثم فهو يخضع في تطبيق أحكام الالتصاق إلى المواد ٩٢٥ ، ٩٢٦ من التقنين المدني . ويستفاد من حكم هذه المواد أن الباني له أن يزيل ما أقام من منشآت . فإذا لم يطلب نزعها التزم صاحب الأرض بأداء تعويض ، وله في هذا الشأن الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل ، أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ويراعى بشأن المستأجر أنه محكوم بحكم خاص جاء في المادة ٥٩٢ . وهو يستجيب إلى ما ورد في القواعد العامة بشأن الباني حسن النية . فيلتزم المؤجر بدفع تعويض إما على أساس ما أنفقه المستأجر ، أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء .

على ضوء ما تقدم يتحدد وعاء الأفضلية التي يتمتع بها الدائن المرتهن . فالأمر لا يخلو من أحد فرضين حينما توول ملكية البناء إلى صاحب الأرض بحكم الالتصاق . إما أن يطلب الراهن إزالة هذا البناء وهما يتعلق حق الدائن المرتهن بثمن الانقراض . وإما أن يبقى البناء ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ، وهنا تستقر الأفضلية على قيمة التعويض المستحق على الوجه المبين فيما تقدم .

ويظهر لنا أن الحكم المقرر في المادة ١٠٣٨ يستجيب إلى الطبيعة الخاصة للملكية الراهن . فهو قدرهن عقاراً ثبتت له ملكيته بصفة مؤقتة . ومن ثم أجاز المشرع هذا الرهن ، دون أن يهدر القواعد العامة في الالتصاق . فحكم بأن تجلص ملكية البناء محررة من الرهن المقرر عليها .

ولكنه قرر من ناحية أخرى وجوب حماية حق الدائن المرتهن . ومن هنا يتضح لنا الطابع الخاص الذي يتميز به حق الدائن المرتهن . فهو لا يستطيع أن يتبع العقار تحت يد صاحب الأرض ، كما تقضى بذلك القواعد العامة في

الرهن . ولكنه يباشر الأفضلية على ثمن الانقراض إذا طلب الراهن إزالة البناء أو قيمة التعويض الذى يستحق له إذا احتفظ صاحب الأرض بهذا البناء .

يتضح لنا إذن أن رهن المباني المقامة على أرض الغير ليس استثناء من وجوب تملك الراهن للعقار المرهون . ذلك أن الرهن لا يقع صحيحاً إلا إذا كان البناء مملوكاً للراهن ، وهو أمر تجيزه المادة ٩٢٢ صراحة في فقرتها الثانية ، ويتم بتصريح من صاحب الأرض . على أن ملكية الراهن المؤقتة لا ينبغي أن تتعارض مع أحكام الالتصاق الذى تراخى أثره . ومن هنا تخلص ملكية البناء إلى صاحب الأرض ، ويتعلق حق الدائن المرتهن بشئ الانقراض أو قيمة التعويض (١) .

٤٩ - مبرر الاعطام المتعلقة بملكية الراهن للعقار المرهون :

بيننا في كل ماتقدم أن الراهن كقاعدة عامة يجب أن يكون مالكا للعقار المرهون . ولهذا لا يقع رهن ملك الغير صحيحاً إلا إذا أقره المالك الحقيقى أو تملك الراهن هذا العقار .

وقد اتضح لنا أن ملكية الراهن لا يشترط أن تكون باقية بل يجوز أن تكون احتمالية ، ولا خالصة بل يصح أن تكون شائعة .

(١) وتقرر المذكرة الايضاحية في جزء ٧ ص ٢٨ أننا بصدد حالة من حالات الحلول العينية . وهو الاتجاه الذى يسند الفقه المصرى عامة . انظر عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٣٤ . منصور مصطفى منصور في رسالته عن الحلول العينية إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة فقرة ١٣٣ . والأمر لا يخلو من دقة في هذه الصورة . ذلك أننا بصدد رهن ينفرد بحق عيني تبعى من نوع خاص . فالأصل في الرهن الرسمى أنه يخول لصاحبه تتبع العقار واستيفاء حقه من ثمن بيعه جبراً على الحائز . هنا يصطدم هذا التتبع مع أحكام الالتصاق ، إذ أن ملكية الراهن مؤقتة . مصيرها إلى صاحب الأرض . وهى إذ تنتقل اليه تتحرر من الرهن المقرر عليها . ومن ثم يستحيل التنفيذ على البناء تحت يده كما تقضى بذلك القواعد العامة . هذه الاستحالة الناشئة عن انقضاء التتبع أملت الحكم الذى وضعه القانون ، وهو مباشرة الأفضلية على ما يستحق للباني من تعويض . أو ثمن الانقراض إذا أزيلت هذه المباني . أما إذا استحق أداء الدين أثناء تملك الراهن للبناء ، فهنا يخضع الرهن للقواعد العامة ويجوز للدائن أن يباشر التنفيذ بالطرق الاعتيادية فيستوفى دينه من ثمن بيع البناء . ولا يمنع ذلك صاحب الأرض من تملكه في الموعد المحدد ، على أن يدفع التعويض المبين في القانون حسب أحكام الالتصاق إلى من تلق ملكية البناء بالبيع الجبرى .

هذا الشرط المتصل بوجوب تملك الراهن للعقار المرهون يصيبه استثناءات .
يتصل البعض منها باحترام الأوضاع الظاهرة . ويتعلق البعض الآخر بحماية
الدائن المرتهن حسن النية من زوال الملكية بأثر رجعي .

أخيراً خلصنا إلى أن رهن المبنى المقامة على ملك الغير لا يدخل في حظيرة
هذه الاستثناءات . بل هو محض تطبيق للقواعد العامة ، مع انفراده بطابع
خاص يرتد إلى رغبة المشرع في الإبقاء على أحكام الالتصاق .

ثانياً - الالتزام المضمون

٥٠ - الالتزام المضمون - فئزعة لقاعدة تخصيص الرهن :

ينتقد الرهن الرسمي ضماناً للوفاء بالتزام على المدين . فهو كما بينا نظام
قانوني تابع . وهذا يقضى بطبيعة الحال أن يستند وجوده إلى التزام صحيح .
وهو ما أشارت إليه المادة ١٠٤٢ بقولها « لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون
بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه مالم ينص القانون على غير ذلك » .

فإذا كان الدين مشوباً بعيب يبطله ، أو قام فيه سبب من أسباب الانقضاء
جاز للمدين أن يتمسك بأي دفع من هذه الدفعات ، فيتوصل بذلك إلى إزالة
الرهن . هذه الدفعات كما يجوز للمدين الراهن أن يتمسك بها ، يجوز أيضاً
للكفيل العيني وهو من يقدم عقاره ضماناً للوفاء بدين الغير ، أن يحتج بها
(الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٢) . وسيتضح لنا من دراسة حق التبعية أن
لحائز العقار المرهون بدوره التمسك بهذه الدفعات .

على أن الذي يعنينا من دراسة الالتزام المضمون هو تحديده من حيث قدره
ومصدره . وهو ما يسمى عادة بمبدأ تخصيص الرهن بالنسبة إلى الالتزام
المضمون . هذا المبدأ ينصرف أيضاً إلى وجوب تخصيص العقار المرهون كما
سنبين فيما بعد .

تحديد الالتزام المضمون من حيث قبره يرمى إلى حماية مصالح الدائنين الذين يتعاملون مع المدين بعد الرهن . إذ أنه لا يكتفى للغير أن يعلم بأن العقار مرهون . بل يعنيه أيضا معرفة قدر الدين المضمون . فهو بذلك يستطيع أن يقدر إلى أى حد قد استنفد المدين ائتمانه على العقار . وبالتالي إلى أى مدى لازال هذا العقار صالحا لمنح ائتمان . وهنا تتلاقى مصالح الدائنين مع المدين . ذلك أن المدين إذا عرض العقار رغبة منه في الاقتراض ، فصلحته ظاهرة في أن يبين للغير أن هذا العقار لم تستنفد قيمته برهون سابقة ، ولا يتيسر ذلك إلا بتقديم بيان صادق يبين قدر الديون المضمونة .

لهذه الاعتبارات السابقة تعنى التقنيات المختلفة بالنص على وجوب تعيين قدر الدين في عقد الرهن الرسمى (١) . والمشرع المصرى وإن لم ينص على ذلك صراحة ، إلا أن هذا الحكم يستفاد بطريقة قاطعة من نص المادة ١٠٤٠ التى تجيز رهن الديون الاحتمالية والمستقبلية ، فهى تستلزم فى هذه الحالة تحديد مبلغ الدين المضمون ، أو فى القليل الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين . وليس هناك ما يدعو بطبيعة الحال أن يقتصر هذا الحكم على الديون الاحتمالية والمستقبلية فقط . فهو يشمل من باب أولى الديون التى تحقق وجودها ويبدو أن المشرع قد تأثر بأن الصورة المألوفة للرهن هى أن يتم فى عقد واحد مع الالتزام الذى يضمه ، وهذا يقتضى تعيين محل الالتزام تعيينا واضحا . كما تقضى بذلك القواعد العامة .

على أن الأمر قد يتم على خلاف ما تقدم . فيتقرر الرهن تاريخ لائق على نشأة الدين ويعقد مستقل . وحينئذ ، والاعتبارات المتقدمة ، يجب أن يعين قدر الدين قياسا على ما جاء فى المادة ١٠٤٠ .

وتعالج المادة ١٠٤٠ الأحوال التى يتقرر فيها الرهن ضمانا لدين معلق على شرط ، أو مستقبل أو احتمالى . وهى فى الصورة الأخيرة تعنى بصفة خاصة

(١) تنص المادة ٢١٣٢ من التقنين الفرنسى على أنه : « لا يقع الرهن صحيحا إلا إذا كان الدين المضمون محققا ، ومعينا فى العقد » .

الديون التي قد تنشأ عن اعتماد مفتوح أو حساب جار . هذه الديون لا يتيسر تعيين قدرها على سبيل اليقين . فقد لا يستخدم صاحب الاعتماد الائتمان المعروض عليه من المصرف . وقد لا ينضى قطع الحساب إلى ثبوت المديونية في ذمة صاحبة . على أن المشرع تأمينا لرواج التعامل مع المصارف ، أجاز تقرير الرهن ضمانا للوفاء بهذه الديون . وقيد هذا الحتم بوجوب تعيين مبلغ الدين المضمون أو تحديد حد أقصى له . وهو بهذا لم يهدر قاعدة التخصيص ، وفي نفس الوقت يسر الائتمان الذي يمكن أن يحتاج إليه المدين . بل ذهب إلى أبعد من ذلك . فجعل احتساب مرتبة الرهن يتم من تاريخ قيده ، حتى ولو تم هذا القيد في تاريخ سابق إلى ثبوت الدين في ذمة المدين . هذا المسلك من جانب المشرع يتضمن خروجاً نسبياً على فكرة التبعية التي تحكم التأمين العيني . ولكن نطاق التجاوز عنها محدود ، ذلك أن الدائن في هذه الصور لا يستطيع بطبيعة الحال أن يستفيد من هذا الرهن على أي وجه إلا إذا تحقق دينه (١) .

على أن تخصيص الرهن بتعيين قدر الدين لا يكفي وحده لإرضاء الدائنين . بل يعنيه أيضاً معرفة مصدر الالتزام . فإن ذلك قد يكشف لهم أن هذا الالتزام مهدد بالزوال كأن يكون قابلاً للإبطال ، أو قريب الانقضاء بالتقادم . وبذلك التحديد أيضاً يطمئن الدائنون إلى أن المدين لن يتلاعب على نحو قد

(١) وقد أثير الجدل بين الفقهاء في فرنسا حول الحكم الذي جاء في م ١٠٤٠ من التقنين المدني . فتساءل البعض هل ينشأ الحق العيني التبعية قبل الدين المضمون ؟ وقيل في هذا الشأن إن الرهن في صورته المألوفة يمكن الدائن من التنفيذ على العقار ، وإقصاء مزاحمة الدائن العادي أو المتخلف عنه في المرتبة ، ومباشرة التنفيذ تحت يد الغير حائز العقار . أما بصدد حق الدائن الاحتمالي المضمون برهن مقيد ، فهو لا يستطيع التنفيذ على العقار ، ولا يجوز له تثبته تحت يد الغير مادام أن الدين لم يثبت بعد . وكل ما يتمتع به الدائن هي مرتبة مقررّة بالقيد لا يحق له الاستفادة منها إلا إذا تحقق دينه . ومن ثم يتجه البعض إلى القول بأن الحق العيني المخول للدائن ينشأ منذ تقرير الرهن وقيده ، ولكنه يظل معطلاً من حيث مضمونه ، فلا يخول التنفيذ بالأفضلية ، ولا يجوز تتبع العقار إلا بعد نشوء الدين (راجع فيردييه الحقوق الاحتمالية رسالة من باريس ١٩٥٥ بند ٧٣ ص ٦٤ - ديموج طبيعة وآثار الحقوق الاحتمالية المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٠٦) .

ويستعين بعض الفقه بهذه الصورة للقول بأن عنصر المسؤولية في الالتزام قد يتحقق قبل توافر المديونية (راجع Popa « فكرة المديونية والمسؤولية وتطبيقها في القانون الفرنسي » باريس ١٩٣٥ ص ٣٢٠) .

يضر بحقوقهم ، فقد يتقرر الرهن ضمانا لوفاء بدين معين لصالح أحد الدائنين ثم يسدده للمدين ، ومع ذلك يبقى الرهن قائما بمرتبة القديمة لضمان الوفاء بديون أخرى استحققت . القول بهذا يفضى إلى وضع ، يشابه نظام الرهون المجردة التي تأخذ بها بعض التقنيات الأجنبية (١) .

ويلاحظ أن أهمية ذكر مصدر الالتزام ، لا تتور بطبيعة الحال إلا إذا كان الرهن تقرر بعقد مستقل .

أما إذا صاحب الرهن نشأة الإلتزام فورد معه في عقد واحد ، فهذا يقتضى حتما بيان مصدره .

لم يستلزم المشرع المدني ذكر مصدر الإلتزام في عقد الرهن بنص صريح ، ولكنه ورد في قانون تنظيم الشهر العقاري في المادة ٣٠ التي تشير إلى البيانات واجبة الذكر في قائمة القيد . فهي توجب تحديد مصدر الدين المضمون ، ومقداره كاملا ، وميعاد استحقاقه ، وسنشير إلى هذا الحكم مرة أخرى في دراستنا للقيد .

ثالثا - الشيء المرهون

٥١ - الشيء المرهون - تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون :

نعني بالشيء المرهون ما يسمى بمحل الرهن . وهو الذي على أساسه يتحدد وعاء الأفضلية ، أى الأموال التي يستطيع الدائن المرتهن أن يدعى عليها أفضلية فيتقدم الدائنين الآخرين في استيفاء حقه من مقابلها النقدي .

(١) وذلك كنظام الديون العقارية في القانون الألماني . أنظر موريل محاضرات في القانون المدني مع التعمق في آثار الرهن باريس ١٩٤٢ ص ٦٣ .

الشيء المرهون كقاعدة عامة هو دائما العقار (١) . على أن العقار لا بد وأن تتوافر فيه شروط معينة . ويجب أن تتحدد توابعه . وهي الملحقبات التي تأخذ حكمه فينتقل بها حق الدائن المرتهن بطريق التبعية .

نتناول إذن بالبحث الشروط الواجب توافرها في العقار المرهون . وفي هذا الشأن سنتظهر لنا أهمية قاعدة تخصيص الرهن .

(١) يرتد أصل هذه القاعدة إلى تاريخ بعيد . فقد استقر القول أن الرهن الرسمي لا يرد على المنقولات . والحكمة من ذلك تقوم على اعتبارين . أولهما أن الرهن الرسمي يتميز بتخصيصه هامة ، وهو أن الراهن لا يتجرد من حيازة الشيء المرهون . بل يحتفظ بها ويباشر على الشيء سلطاته كمالك مادام ذلك لا يتعارض مع حق الدائن المرتهن . فإذا تقرر الرهن الرسمي على المنقول تعرضت حقوق الدائنين للخطر تطبيقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز . وبالتالي يتجرد هذا الرهن من سلطة التبعية التي تلازمه بالنسبة إلى المقاربات . والاعتبار الثاني يصل بنظام الشهر الذي يخضع له الرهن الرسمي . فالقيد الذي يخضع له هذا الرهن لتحديد مرتبة الأفضلية التي يكتسبها الدائن ، لا يتييسر تنظيمه فيما يتعلق بالمنقولات . فالعقار بطبيعته يستقر في مكان ثابت محدد ، ومن ثم يمكن قيد الرهن الوارد عليه وذكر البيانات اللازمة للتعرف عليه . أما المنقولات فهي أموال سهلة التداول ، يسيرة الإخفاء ، غير مستقرة في حيز ثابت ، وبالتالي يتعذر بشأنها وضع نظام شهر محكم يؤمن حقوق الدائنين . ولذلك خضعت المنقولات لنظام آخر من نظم التأمينات العينية ، وهو الرهن الحيازي . فهو وحده الذي يطعن إليه الدائن ، لأنه يسيطر على مصيرها بحيازته له ، فيحد من مخاطر قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، التي تهدد حقه إذا انتقلت المنقولات إلى حائز حسن النية .

— على أن التطور كشف عن منقولات لا يستطيع الدائن النخل عن حيازتها ، ومع ذلك فقد تسم الحاجة إلى رهنها للحصول على ائتمان بضمانها . ومن ثم اتجه جهد الفقه منذ زمن بعيد ، فاستجاب إليه المشرع في دول كثيرة أجنبية ، إلى إقرار نظم قانونية *hypothèque mobilière* قريبة الشبه بنظام الرهن الرسمي الذي يعرفه التقنين المدني . وقد ابتدعت هذه النظم بالنسبة إلى المنقولات التي تفتقر بشأنها شبهة الخطر من بقاء حيازتها لدى الرهن ، ولا تثار الصعوبة المتعلقة بنظام شهرها . هكذا عرف في البلاد الغربية منذ وقت طويل نظام الرهن الرسمي الوارد على السفن . ذلك أن السفينة منقول له ذاتية خاصة انعكست على الأحكام المقررة بشأنها . فهي لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول الحائز ، وبالتالي تفتقر شبهة الخطر من إفقضاء حق التبعية . وهي بحكم خضوعها لتنظيم خاص وجب تسجيلها وشهر التصرفات القانونية التي ترد عليها . هذه الاعتبارات أقر =

ثم نعالج بعد ذلك الملاحظات التي يشملها حق الدائن المرتهن تبعاً للعقار .

٥٢ - الشروط الواجب توافرها في العقار المرهون :

تنص المادة ١٠٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي «لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على

عقار مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك. ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في رهن رسمي

= المشرع المصري نظام الرهن الرسمي الوارد على السفن بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ (أنظر مصطفى كمال طه أصول القانون البحري ص ٧٣٧ فقرة ٧٤٨) . وعلى غرار هذا النظام عرف في التشريعات الأجنبية نظام رهن الطائرات ، وسفن الملاحة النهرية .

كذلك أيضاً ظهر نظام شبيه بالرهن الرسمي للمنقولات ، بالنسبة إلى طائفة منها ، تتميز بصعوبة إفلاتها من سيطرة الدائن رغم بقائها في حيازة الراهن . هكذا نشأ نظام رهن المحال التجارية التي لا يتيسر نقل حيازتها إلى الدائن المرتهن إلا إذا ترك له استغلالها ، وهو أمر لا يرغبه المدين في معظم الأحوال ، إذ أنها تتكون من عدة عناصر مختلفة تتضمن الاسم التجاري ، والبضائع وكافة المهمات التي توجه استغلالها وصاحب المحل التجاري إذ يرهنه ، يهدف دائماً إلى الحصول على الائتمان دون أن يتخلى عن الحيازة ، لأنه يريد أن يباشر الاستغلال بنفسه . وقد أجاز المشرع المصري رهن المحال التجارية بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها . واستلزم أن يقع الرهن في ورقة رسمية أو مصدق فيها على التوقيع . ولا يترتب عليه انتقال الحيازة للدائن المرتهن بل يحتفظ بها المدين . وأخضعه لنظام شهر في سجل معد لهذا الغرض هكذا يتبين أن الرهن الرسمي لا يرد كقاعدة عامة إلا على العقار كما نص على ذلك التقنين المدني . ولكن ليس هناك ما يمنع من استخدامه كأداة ائتمان فعالة بالنسبة إلى المنقولات التي لا تخضع لقاعده الحيازة في المنقول سند الحائز ، والتي يتيسر بشأنها وضع نظام لشهرها . وبذلك يستفيد الراهن من بقاء الحيازة له ، وهو الأمر الجوهرى الذي تظهر فيه فائدة الرهن الرسمي . (راجع بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ فقرة ٢٥٣ وما بعدها - بيدان وفوران جزء ١٣ فقرة ٣٢٦ وما بعدها - روبلو مقال عن « التأمينات الواردة على المنقول دون نقل حيازته » منشور في الدراسات المهداة إلى جورج ريبير الجزء الثاني ص ٣٦٢) .

لاحق : وإلا وقع الرهن باطلا .

يستفاد من النص المتقدم وجوب توافر الشروط الآتية :

١ - يجب أن يرد الرهن على عقار بطبيعته إلا إذا قضى نص بغير ذلك فالرهن الرسمي تأمين عيني يستخدم فقط كقاعدة عامة للائتمان العقاري (١)

ويترتب على هذا الشرط أنه لا يجوز رهن العقارات بالتخصيص رهنا رسميا. فهي منقولات بطبيعتها لم تكتسب صفة العقار إلا على سبيل الافتراض. ومن ثم لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار الأصلي التي خصصت لخدمته أو استغلاله . وإذا رهن العقار الأصلي التحقت به وأخذت حكمه بطريق التبعية كما سنبين في بيان ملحقات العقار المزهون .

الرهن الرسمي لا يرد إذن إلا على العقار بطبيعته . وفي هذا الشأن تنبغى الإشارة إلى أن حق الدائن المرتهن يتعلق دائما بالكيان الاقتصادي للعقار ، وهو يعبر عن قيمته المالية . والأصل أن تتجمع سلطات الملكية في يد شخص واحد هو المالك ، وفي هذه الحالة لا تنشور صعوبة بشأن إطلاق حقه في رهن العقار .

ولكن هذه السلطات قد يتقاسمها معه شخص آخر . ويكون ذلك إذا تقرر له حق انتفاع على العقار . هنا يستأثر المنتفع بسلطات الاستغلال والاستعمال خلال مدة الانتفاع . وتبقى لصاحب العقار ملكية الرقبة فقط . وحينئذ ينشور التساؤل بشأن حق كل منهما في رهن هذا العقار .

لا نزاع في أن مالك الرقبة له أن يرهن العقار . ولا يتعلق حق الدائن المرتهن إلا بالقيمة المالية التي يمثلها العقار مجرداً من سلطات الاستغلال والاستعمال التي تقرررت لصالح المنتفع . فإذا انقضى حق الانتفاع واسترد مالك الرقبة سلطانه الكامل على العقار ، تعلق حق الدائن المرتهن بقيمة العقار بأكمله على أساس أن المنفعة من الملحقات التي يشملها رهن العقار .

(١) راجع ما تقدم ص ١٥٠ هامش ١ .

ولكن هل يستطيع المنتفع أن يرهن حق الانتفاع ؟ يجيز القانون الفرنسي ذلك بنص صريح ، إذ تقرر المادة ٢١١٨ في فقرتها الثانية أنه « يجوز رهن حق الانتفاع على الأموال العقارية خلال المدة المقررة له » . وقد عني المشرع الفرنسي بتنظيم أحكام هذا الرهن . وخلاصة ما جاء فيها أنه إذا انقضى حق الانتفاع بانتهاء أجله أو بموت المنتفع . ترتب على ذلك زوال حق الدائن المرتهن لأنه موقوف ببقاء الانتفاع .

أما إذا انتهى الانتفاع لأسباب أخرى غير انقضاء أجله أو وفاة المنتفع ، فيظل حق الدائن المرتهن قائما . ويتحقق ذلك إذا تنازل المنتفع عن حقه ، أو حكم القاضي بإنهاء الانتفاع لإساءة المنتفع استعمال العقار . ويسرى نفس الحكم أيضا إذا تلقى المنتفع ملكية الرقبة . حينئذ يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر حقه على العقار في حدود قيمة الانتفاع (١) .

على غرار ما قرره القانون الفرنسي يتجه الفقه السائد (٢) في مصر إلى أنه يجوز رهن حق الانتفاع . ويخضع هذا الرهن إلى الأحكام التي أوردناها فيما تقدم .

ولكننا نشك في إمكان تقرير هذا الرهن في ظل أحكام القانون المصري . ويبدو لنا أن المشرع في صياغة لنظام الرهن الرسمي لم يعن سوى الرهن الصادر من مالك ، على عقار يملكه . هذا هو ما يستفاد صراحة من المادة ١٠٣٢ التي تقضى بوجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، ومن نص المادة ١٠٣٥ التي تقرر أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

(١) أنظر بلانيول وريبير ويكيه جزء ١٢ فقرة ٣٥٥ - بيدان وفوران جزء ١٣ فقرة

٣٥٥ .

(٢) راجع سليمان مرقس ص ٣٤ . عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٠ ص ٣١٥ .

شفيق شحاته ص ٣٣ .

فإذا نظرنا إلى المنتفع تبين لنا أنه ليس مالكا للعقار ، بل هو يتمتع عليه بحق عيني منتفع عن الملكية يخول له الاستعمال والاستغلال . هذا الحق العيني يعتبر بنسبه مبريح في التقنين الماني من الأموال العقارية (م ٨٣) . ولو انصرفت فيه المشرع المصري إلى إمكان رهن هذا الحق ، لعمد في ذلك إلى استخدام صياغة التقنين الفرنسي التي بدأت صريحة في أن الرهن الرسمي لا يقتصر على العقار ، وإنما ينصب على الأموال العقارية . هذه الصياغة وحدها هي التي تسمح بتحرير الرهن على حق الانتفاع بوصفه من الأموال العقارية . بل وقد تبادى المشرع الفرنسي في حرصه فوضع فقرة خاصة من المادة ٢١١٨ أجاز فيها رهن حق الانتفاع . والحكمة من ذلك أن حق الانتفاع ينشأ في فرنسا بأهمية خاصة نظراً لما له من تطبيقات واسعة النطاق .

أما في مصر وحيث لا يحظى حق الانتفاع إلا بأهمية ضئيلة ، بل يكاد تطبيقه في العمل يكون معدوماً ، يثور لدينا الشك في أن المشرع المصري انصرفت نيته إلى جواز رهنه . يستناد ذلك أولاً من صياغة نصوص الرهن . فقد تمثل فيها الحرص على أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . وجاءت منصبة على العقار ، ولم تقرر الرهن على الأموال العقارية بصفة عامة كما هو الحال في القانون الفرنسي (١) .

قال يقال في هذا الشأن إن المنتفع له أن يتصرف في حقه إلى الغير ، ومن ثم فله أن يرهنه . ولكن ذلك يتعارض مع تحديد محل الرهن في نصوص القانون . فـرهن المنتفع سيكون محله حق الانتفاع ، وهو يعتبر مالا عقارياً ، بينما يشترط المشرع أن يكون الرهن منصبا على العقار (٢) .

(١) عفى القانون الفرنسي بوضع أحكام مفصلة لبيان حكم الرهن في حالة انقضاء الانتفاع . والصور التي يبق فيها حق الدائن المرتهن قائماً . ولو انصرفت نية المشرع المصري إلى جواز تقريره ، لوجدنا نصوصاً مفصلة تحكم هذا الرهن نظراً لما ينفرد به من أحكام خاصة .

(٢) وقد استفاد إمكان رهن حق الانتفاع من نص ٩٨٨م في فقرتها الثانية التي تقرر بأنه إذا انقضى حق الانتفاع بحكم القاضي لإساءة المنتفع استعمال العقار فإن ذلك لا ينبغي أن يضره =

ونحن إذ نتجه إلى هذا الرأي ، لا نعى بذلك أن رهن حق الانتفاع لا يتصور من ناحية فنية . بل إنه يستقيم مع حق المنتفع على العقار . وهو إذ يتقرر ، يقع فقط على القيمة المالية التي يمثلها حق المنتفع (١) . ولكن الذي يجعلنا نتشكك في وجوده ، هو تخلف السند القانوني في نصوص الرهن ، التي توحي بأن المشرع قصره على صدوره من مالك العقار (٢) .

وأيا ما كان الأمر ، فحق الانتفاع بصفة عامة غير مألوف في مصر ، بل يكاد ينعدم تطبيقه . وقد انعقد تشريعنا في أفراد نصوص خاصة به إلى التقنيات

بحقوق الغير . إذ قد تفهم عبارة الغير هنا على أنها تعنى الدائن المرتهن لحق الانتفاع . على أن الغير يمكن أن يكون مستأجر العقار من المنتفع ، أو مجرد دائن عادي شرع في التنفيذ على حق الانتفاع بالعقار .

(١) وفي مثل هذه الحالة لا يجوز القول بأن الدائن المرتهن لحق الانتفاع اكتسب حقاً عينياً تبعياً . ذلك أن الرأي الذي رجحناه هو أن محل الحق العيني ينحصر فقط في الأشياء المادية المعينة بالذات . انظر تفصيل هذا الرأي وتحليله حسن كبير « الحقوق العينية الأصلية » ج ١ فقرة ٢٠ . وعندئذ يمكن القول بأن الدائن المرتهن يكتسب أولوية على غيره من الدائنين تنصب على المقابل التقدي لحق الانتفاع . أي أن الرهن يترتب عليه الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين .

(٢) وقد كانت المادة ١٤٤٣ (المقابلة للمادة ١٠٣٦ في التقنين) وهي بسبيل بيان ملحقات المرهون تتضمن في فقرتها الأولى العبارة الآتية « فإذا كان الرهن مرتباً على حق الرقبة ثم آل حق الانتفاع إلى مالك الرقبة ، فإن الرهن يمتد إلى حق الانتفاع ، وذلك دون إخلال بما يكون هذا الحق مثقلاً به من حقوق عينية » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقاً على هذه المادة « إذا كان المرهون هو حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى المالك ، شمل الرهن حق الانتفاع باعتباره تابعاً للرقبة ، مع مراعاة حقوق الغير كما لو كان حق الانتفاع نفسه مرهوناً واشتراه مالك الرقبة المرهونة فإن الرهن على الرقبة يشمل حق الانتفاع ولكنه يتأخر عن الرهن الذي رتب على حق الانتفاع من قبل » . واقترح أمام لجنة المراجعة إلغاء الجزء المتقدم من الفقرة الأولى فوافقت اللجنة على ذلك (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٢٤) . وهكذا اختفت الإشارة الوضعية التي كانت تتعلق برهن حق الانتفاع ، وجاء التقنين المدنى خلواً من أي تنظيم له ، على خلاف منسلك المشرع الفرنسي في هذا الشأن . ونحن نأسف أن لجنة المراجعة لم تبين الأسباب التي من أجلها أشارت بإلغاء الحكم المتقدم . ويدولنا أنها تأثرت بتدرة هذا النوع من الرهون في مصر ، فاستبعدته من التنظيم القانوني لنظام الرهن الرسمي .

الأجنبية حيث يحتل في بعض منها أهمية خاصة كما هو الحال في فرنسا (١).

٢ - يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه . هذا الشرط يستجيب إلى هدف تقرير الرهن الرسمي . فالدائن المرتهن يريد استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون . فإذا كان هذا العقار لا يجوز التعامل فيه ، استحالة على الدائن أن يتخذ إجراءات البيع . وبالتالي يفقد الرهن الحكمة من تقريره . وتطبيقاً لذلك لا يجوز رهن الأموال العامة فهي تخرج عن دائرة التعامل ، ولا يجوز الحجز عليها .

وفي هذا الشأن أيضاً يتجه الرأي الغالب إلى عدم جواز رهن العقار الذي اقترنت ملكيته بشرط مانع من التصرف . لأن الرهن قد يفضى إلى بيع العقار ، وبذلك يهدر حكم هذا الشرط . وعلى هذا النحو يقع باطلاً كل تصرف مخالف له (م ٨٢٤ مدني) . على أنه ينبغي ألا يؤخذ هذا القول على إطلاقه . بل يجب النظر إلى الحكمة من تقرير شرط المنع من التصرف ، فإذا لم يتعارض الرهن معها وقع صحيحاً . من ذلك مثلاً أن يرد هذا الشرط في عقد بيع عقار

(١) أثير التساؤل في فرنسا عن جواز رهن حق الرهن الرهنى وغيره من الحقوق العينية التسمية العقارية بوصفها من الأموال العقارية . كان هذا الرهن حائزاً في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . ولكن القانون الحديث لم يقره . إذ تقضى نصوص قانون المرافعات في فرنسا (م ٧٧٥) بأن الناتج من تنفيذ الدائن المرتهن على العقار يشترك فيه دائنوه بوصفهم من الأموال المنقولة طبقاً للقواعد العامة . أما في مصر فلا يثور الشك في عدم جواز هذا الرهن . لأن المشرع المصري قصر ذلك فقط على الرهن الصادر من مالك العقار ، والدائن المرتهن لا يصدق عليه هذا الوصف .

على أن الدائن المرتهن إذا أراد استخدام حقه في الحصول على ائتمان فيمكنه الاستعانة بأداة أخرى . فهو يستطيع أن يرهن دينه المضمون بالرهن الرسمي (وقد أجاز المشرع رهن الديون في المواد ١١٢٣ وما بعدها رهناً حيازياً) وبذلك يستفيد الدائن المرتهن حيازياً من التأمينات التي تكفل الدين المرهون بما فيها حق الرهن الرسمي . راجع بودان وفوران جزء ١٣ فقرة ٣٥٧ ص ٣٦٨ - انظر أيضاً سليمان مرقس فقرة ٢٨ - شفيق شحاته فقرة ٣٥ .

لم يسدد ثمنه ، حتى يتفادى البائع تتبع العقار تحت يد الغير إذا أراد التنفيذ عليه بمقتضى امتياز بائع العقار . تحقيق هذا الغرض لا يقتضى تحريم الرهن ، لأنه إذا انتهى الأمر إلى أن الدائن المرتهن اتخذ إجراءات التنفيذ على العقار ، فإن تسجيل حكم مرسى المزاد يطهر العقار من الحقوق العينية المقررة عنه بما فيها امتياز البائع . وهو على هذا النحو يستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزاد حسب المرتبة التى اكتسبها بقيد الامتياز ، وذلك دون أن يضطر إلى مباشرة حق التتبع تحت يد الغير وهو ما أراد أن يتفاداه باشتراط المنع من التصرف (١) .

٣ - يجب أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلنى (٢) . والقول بغير ذلك يجرّد الرهن من قيمته بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، فغايته من هذا التأمين هو استيفاء حقه من ثمن بيعه .

وتطبيقاً لذلك لا يجوز رهن حق الاستعمال والسكنى بوصفها من الحقوق العينية العقارية ، وذلك حتى بالنسبة للاتجاه الفقهي الذى يسلم بإمكان رهن حق الانتفاع . إذ الأصل فى حق الاستعمال والسكنى أنه تقرر لصالح شخص معين . ولهذا نص القانون على عدم جواز التنازل عنه للغير إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (م ٩٩٧) .

(١) راجع ما تقدم ص ١٦ هامش ١ . انظر أيضاً بيدان وفوران جزء ٤ فقرة ٢٧٣ .

(٢) انظر شفيق شحاته ص ٢٨ ، إذ يرى عدم فائدة هذا الشرط ، ففى وجوب أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه ما يفتى عنه . لأن الأشياء التى لا يجوز بيعها بالمزاد العلنى هى حتماً من الأشياء التى لا يمكن التعامل فيها .

وراجع فى مناقشة هذا القول عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣١٣ هامش ٤ حيث يقرر إنه قد لا يتحقق التلازم بين الشرطان . فحق الارتفاق مثلاً لا يجوز بيعه بالمزاد، ولكن قد يتنازل عنه صاحبه للغير مقابل مبلغ من المال . وعلى ذلك فلو لا اشتراط كون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد لأمكن رهن حق الارتفاق .

على أنه يلاحظ فى الواقع أن عدم جواز رهن حق الارتفاق، مرده إلى أنه يعتبر من توابع العقار بنص القانون ، ومن ثم فلا يجوز رهنه بصفة مستقلة عن العقار .

يشير هذا الشرط أيضا نطاق تطبيق القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ المتعلق بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية في حدود خمسة أفدنة (١) . وقد جاء هذا القانون تعبيرا عن رغبة المشرع في حماية طبقة صغار الزراع ، وتمكينهم من الاحتفاظ بحد أدنى من الأراضي الزراعية تفلت من ضمان الدائنين .

على أنه يلاحظ بشأن تطبيق هذا القانون أن المادة الأولى منه تمنع التنفيذ على الأراضي الزراعية إذا لم يتجاوز ١٠ مملكتين المدين خمسة أفدنة . فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ ، جاز اتخاذ الإجراءات في نطاق هذه الزيادة .

وتضيف المادة الثالثة أن حق المدين في التمسك بعدم جواز التنفيذ يسقط إذا فوت مينع الاعتراض على قائمة شروط البيع المنصوص عليه في المادة ٦٤٢ من تقنين المرافعات . ومن هنا يتضح أن أحكام هذا القانون لا تتعلق بالنظام العام ، بل يجب على المدين أن يعترض على التنفيذ إذا كان ما يملك لا يتجاوز خمسة أفدنة . على أنه لا يجوز تنازل المدين مقدماً عن التمسك بأحكام هذا القانون . والقول بغير ذلك يهدر الحماية المقررة ، لأن المدين في الغالب من الأمر قد يضطر تحت ضغط الحاجة إلى المال أن يمنح الدائن هذا التنازل ليحصل منه على ائتمان . لهذا قررت المادة الثالثة بأنه يقع باطلا كل تنازل عن التمسك بالحظر المنصوص عليه في المادة الأولى .

يستفاد مما تقدم أن المدين الذي يملك أرضاً زراعية لا تتجاوز خمسة أفدنة ، يستطيع أن يرهنها رهناً رسمياً للدائن . فليس في نصوص القانون ما يمنع ذلك . على أن التنفيذ عليها يمتنع عند استحقاق أجل الدين ، إلا إذا زاد ما يملكه المدين على خمسة أفدنة ، ويقع التنفيذ فقط على هذه الزيادة . بل وقد تم الاجراءت بالنسبة إلى النصاب المقرر في القانون ، إذا باشر الدائن التنفيذ وفوت المدين الموعد المحدد في تقنين المرافعات للاعتراض على قائمة شروط البيع (١) .

(١) راجع أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ فقرة ١٣٧ وما بعدها .

ويلاحظ في العمل أن الدائن لا يقبل الاستعانة بنظام الرهن الرهنسي لتقرير تأمين لصالح مصغار الزراع الذين لا تتجاوز ملكيتهم خمسة أفدنة . ذلك أن مصير الرهن ان يؤدي في الغالب من الأمر إلى تحقيق غرضه . وفي هذا الشأن يروج الرهن الحيازي العقارى في بيئات الريف ، حيث تنتقل حيازات العقار إلى الدائن المرتهن فيتمسك له استيفاء الدين من حصيلة استغلاله العقار على النحو الذى سننص عليه في دراستنا للرهن الحيازي (١) .

٤ - يجب أن يكون العقار معيناً بالدات من حيث طبيعته وموقعه . هذا الشرط تعبير صادق عن مبدأ تخصيص الرهن ، وقد بينا من قبل أن هذا المبدأ ينصرف أيضاً إلى تحديد الالتزام المضمون (٢) .

يهدف مبدأ تخصيص الرهن باشتراط تعيين العقار المرهون على سبيل التحديد إلى حماية المدين والدائنين . فهو يحد من شهوات مدين مسرف يلقى بكافة ما يملك من عقارات للحصول على ائتمان بضمائمها . ويحثه على تقديم الرهن بالقدر اللازم فقط لأداء الدين المضمون . ومن ناحية أخرى يحقق مصالح الدائنين ، وكافة من يتعامل مع المدين ، وذلك ببيان مركز العقار وما ترتب عليه من حقوق عينية . فإذا أضفنا إلى ذلك أن المشرع قد استلزم بيان قدر الدين المضمون ، تبرز لنا أهمية مبدأ تخصيص الرهن ودوره في حماية الغير .

وتطبيقاً لفكرة التخصيص قضى التتتين المدنى فى المادة ١٠٣٣ بأنه يتمتع باطلا رهن المال المستقبل . على أن اشتراط تخصيص العقار المرهون وبيانه على نحو ينفى الجهالة يغنى عن هذا الحكم . إذ أن رهن المال المستقبل هو رهن يرد على مال غير محدد وبالتالى فهو باطل بطلاناً مطلقاً تطبيقاً لقاعدة تخصيص الرهن .

أما إذا رهن شخص مالا مستقبلاً وحدد العقار تحديداً ذاتياً ، فنكون هنا

(١) راجع ملحق تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى التعليق على الاقتراح بإلغاء المواد من ١١١٤ إلى ١١١٦ مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٢٤٨ .
(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٥٠ .

بصدد صورة من صور رهن ملك الغير وهي خاضعة كما سبق البيان لحكم خاص ورد في الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣. وبعبارة أخرى فبطلان رهن المال المستقبل لا يستند في التقنين المصرى على أن الراهن لا يمتلك العقار المرهون ، بدليل أن هذه الحالة حكما خاصا بها . وإنما على أساس تخلف مبدأ تخصيص الرهن وعدم بيان العقار بيانا دقيقاً (١) .

ويقتضى مبدأ تخصيص الرهن أن يعين العقار من حيث طبيعته وموقعه . فيبين إذا كان أرضا زراعية أو منزلا . ويحدد الموقع بذكر البيانات النافية للجهالة ، والأمر في تقديرها متروك للقاضي إذا ثار بشأنها النزاع .

هذا التعيين إذا لم يرد في عقد الرهن ذاته ، فيجوز أن يتم في عقد لاحق ، ولكن يجب في هذه الحالة أن يفرغ هذا العقد في الشكل الرسمي .

ويترتب على إغفال تحديد العقار على النحو المتقدم أن يقع الرهن باطلا بطلانا مطلقاً كما تقتضى بذلك صراحة المادة ١٠٣٥ في فقرتها الثانية . ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان .

أخيراً ينبغي الإشارة إلى أن تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون لم يقتصر المشرع على اشتراطه فقط في عقد الرهن ، بل استلزمه مرة أخرى في قائمة القيد التي تقدم للشهر العقارى . وقد جاء في البند الخامس من المادة ٣٠ أنه يجب أن تتضمن قائمة القيد تعيين العقار الذى رتب عليه الحق تعييناً دقيقاً . ولنا إلى هذا الحكم عودة في دراسة شهر الرهن الرسمي .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٧ ص ١٥ «أنه إذا كان العقار مالا مستقبلا معيناً بالذات وغير مملوك للراهن ، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً نسبياً . أما إذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات ، واقتصر الراهن على رهن ماعسى أن يملكه في المستقبل من عقار ، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً مطلقاً لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن » .

٥٣ - ملحقات العقار :

تنص المادة ١٠٣٦ على أنه يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ .

تناول هذه المادة ملحقات العقار التي تعتبر تابعة له ، فيمتد إليها الرهن بحكم القانون . هذه الملحقات تأخذ حكم العقار حتى ولو لم ينص عليها في التعاقد بين الراهن والدائن المرتهن .

على أن هذه القاعدة التي وضعها المشرع بشأن الملحقات ليست آمرة ، بل يجوز للمتعاقدين الخروج عليها ، وذلك بالنص صراحة على استبعاد بعض هذه الملحقات وعدم تعلق حق الدائن المرتهن بها .

ولدراسة هذه الملحقات أهمية خاصة ، إذ على ضوءها يتحدد وعاء حق الأفضلية ، أي الأموال التي يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر عليها حقه في التقدم على سائر الدائنين (١) .

على ضوء ما تقدم نبين الآن ما يعتبر من ملحقات العقار فيأخذ حكمه ويرد عليه حق الدائن المرتهن : -

١ - العقارات بالتخصيص : وهي المنقولات التي يضعها مالك العقار وصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله . وعلى هذا النحو فهي عقارات حكومية ، تتغير صفتها القانونية بتخصيص إرادى :

يرتب على ذلك أن النظر إليها بصفة مستقلة لا ينفي عنها صفة المنقول . فهي لا تتجرد من هذه الصفة إلا بوضعها في عقار بطبيعته ، وتخصيصها للخدمة

(١) راجع بلانيول وريبير وبكيه جزء ١٢ فقرة ٣٣١ وما بعدها - بودان وفوران جزء

١٣ فقرة ٢٤٩ وما بعدها .

هذا العقار أو استغلاله ، ووقوع هذا التخصيص من مالك وأجنبى للعقار والمنقولات المخصصة (١) .

من هذه الرابطة التى تنشأ بين المنقولات والعقار بسلطان إرادة المالك ، تأخذ هذه المنقولات حكم العقار فتصير تابعة له ، يلحقها ما أصابه من رهن ، ويتعلق بها حق الدائن المرتهن سواء وقع التخصيص قبل الرهن أو فى تاريخ لاحق . وعلى النقيض من ذلك لا يجوز رهنها رهنأ رسمياً بصفة مستقلة ، لأن النظر إليها وحدها ينشأ عنها صفة العقار ويردها إلى طبيعتها الأصلية .

هذه التبعية القانونية التى تترتب بإرادة مالك العقار والمنقولات ، تثير فى العمل عدة منازعات . فينبغى النظر أولاً فى مدى حق المالك فى تجريد هذه المنقولات من صفة العقار بتغيير تخصيصها ، ومدى تعلق حق الغير بها كأن يكون بائعها وله عليها امتياز بائع المنقول . هذا الوضع يترتب عليه مزاحمة الدائن المرتهن رهنأ رسمياً للعقار . ويقضى ببيان من يفضل الآخر فى هذا الشأن . كل هذه المسائل نكتفى الآن بالإشارة إليها . ولنا إليها عودة مفصلة فى دراسة آثار الرهن وحقوق الامتياز (٢) .

٢ - حقوق الارتفاق : والمقصود بذلك حقوق الارتفاق الإيجابية المقررة لخدمة العقار المرهون . هذه الحقوق بوصفها من الأموال العقارية ، لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار الذى تخدمه ، ولكن رهن هذا العقار يمتد إليها بحكم القانون كما ورد صراحة فى نص المادة ١٣٦ من التقنين المدنى .

٣ - التحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك : غنى عن البيان أن الدائن المرتهن يستفيد من زيادة قيمة العقار المترتبة على عوامل اقتصادية

(١) انظر فى تفصيل ذلك إسماعيل غانم محاضرات فى النظرية العامة للحق من ٩٢ - حسن كيرة الحقوق العينية الأصلية ج ١ ص ٧٦ - جولف رسالة من باريس ١٩٤٣ .

(٢) راجع فى بيان هذه المسائل دراستنا التالية لحق الرهن فى استغلال العقار المرهون وملحقاته والتصرف فيه ، وبيان وعاء الأفضلية فى الرهن . انظر أيضاً دراستنا لامتياز بائع المنقول ومن قام بحفظه وتربيته .

خارجة عن إرادة الراهن ، كما يضار من أى هبوط يصيب هذه القيمة نتيجة لتلك العوامل . على هذا النحو يرتفع قدر التأمين إذا زادت قيمة العقار نتيجة أسباب اقتصادية . من ذلك مثلاً أن يكون العقار المرهون منزلاً ، فتزداد قيمته الاقتصادية بسبب انشاء طريق جديد يطل عليه ، أو يكون أرضاً زراعية استفادت من مشروع رى أو صرف . هذه الزيادة تلحق العقار بطريقة حتمية . فهي لا تتميز بكيان خاص يمكن فصله ، ومن ثم يتعلق حق الدائن المرتهن بالقيمة الاقتصادية للعقار وقت التنفيذ عليه (١) .

ولنأى الذى تعنيه نص المادة ١٠٣٦ هى الإضافات التى تتصل بالعقار نتيجة لفعل الطبيعة أو عمل الانسان فتأخذ حكمه بوصفها من توابعه .

فن قبيل الملحقات التى تضاف إلى العقار بفعل الطبيعة ما يترتب على طمى النهر من زيادة تتصل بالعقار فتأخذ حكمه تطبيقاً لقواعد الالتصاق (٢) .

ويمتد الرهن أيضاً إلى الملحقات التى تتم بعمل الانسان . وتتناول كافة التحسينات والانشاءات التى يجريها على هذا العقار . ويتعلق بها حق الدائن المرتهن أياً ما كانت قيمتها . ولا يهم فى ذلك أن تتجاوز فى أهميتها قيمة العقار المرهون فى ذاته . فلو كان الرهن قد ورد على أرض فضاء ، ثم شيد عليها الراهن منشآت تتجاوز قيمة الأرض ، فهنا يتعلق حق الدائن بالأرض والمنشآت معا . وليس ذلك سوى تطبيق للمبدأ الذى استجاب إليه المشرع وهو أن كل ما لصق بالأرض يأخذ حكمها (٣) .

(١) بلائيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ فقرة ٣٨٥ .

(٢) وتطبيقاً لذلك حكم بتملق حق الدائن المرتهن بالزيادة التى ظهرت فى مساحة العقار المرهون عند إعادة مسحه . (استئناف مختلف ١٢ أبريل ١٩١١ مجموعة ٢٣ ص ٢٦٠) - أنظر سليمان مرقس ص ٤٦ .

(٣) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن الرهن يشمل «ما أدخل على العقار ولو بعد الرهن من تحسينات مهما زادت فى قيمته . وما أقيم من منشآت تعود بالمنفعة على المالك كما إذا أقام المالك على الأرض المرهونة بناءً فإن هذا الرهن يشملهما كما كان كبيراً » .

على أنه في هذا الشأن يراعى ما سبق بيانه في حالة ما إذا كانت المباني المشيدة مملوكة بصفة مؤقتة لمن أقامها في أرض الغير (١) . فإذا كانت الأرض مرهونة فإن الرهن لا يمتد إلى المباني أثناء تملك الغير لها . فإذا عادت إلى صاحب الأرض بحكم الالتصاق الذى تراخت آثاره . حينئذ يتعلق بها حق الدائن المرتهن للأرض .

أما إذا لم يملك الباني في ملك الغير ما أقامه عايبها من منشآت : وهى الصورة المألوفة عادة . فتستقر ملكيتها لمالك الأرض بحكم الالتصاق ، وعلى هذا النحو يمتد إليها حق الدائن المرتهن للأرض . وتخضع علاقة الباني بصاحبها للأحكام العامة التى وردت في الالتصاق .

يلاحظ أخيرا أن امتداد الرهن إلى ما يلحق بالعقار من تحسينات وإنشاءات لا ينبغي أن يضر بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين (م ١٠٣٦ مدني) . ولنا إلى هذا الحكم عودة مفصلة في دراسة حقوق الامتياز (٢) .

٤ - ثمار العقار من وقت تسجيل نزع الملكية : نصت المادة ١٠٣٧ من التقنين المدني على أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق العقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل . ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار » .

وعلى غرار هذا الحكم قضى تقنين المرافعات في المادة ٦١٧ بأنه « تلحق بالعقار ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه ليوزع منها ما يخص المدة التى تلى التسجيل كما يوزع ثمن العقار » .

الأصل في نظام الرهن الرسمى أن الراهن لا يحرم من استغلال العقار

(١) راجع فيما سبق فقرة ٤٨ .

(٢) أنظر ماسياى بيانه في دراسة الامتيازات العقارية الخاصة بشأن امتياز المقاول والمهندس المعماري .

المرهون والاستثمار بالثمار التي يجنيها من هذا الاستغلال . وفي هذا الشأن تنص المادة ١٠٤٤ من التقنين المدني على أن « للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار » .

وهذا حكم طبيعي يستقيم مع بقاء الحياة للراهن : بل لعاه هو الذي يميز الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي بشأن المفاضلة بينهما في نظم التأمينات العينية بصفة عامة .

على أن هذه الحرية المكفولة للراهن في استغلال العقار المرهون لا ينبغي الأخذ بها على إطلاقها . وسنبين ما يرد عليها من قيود في دراسة آثار الرهن (١) . وإنما الذي يعيننا هنا في تحديد ملحقات العقار هو الحكم الذي أخذ به المشرع المدني وجاء مثيله في تقنين المرافعات . ومقتضاه أن الثمار تلتحق بالعقار فتأخذ حكمه من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية . والمقصود بعبارة أدق أن هذه الثمار يجري عليها ما يجري بشأن ثمن العقار ، فيباشر عليها الدائن حقه في الأفضلية التي تخولها له مرتبة الرهن في مواجهة الدائنين الآخرين .

وقد أراد المشرع أن يضع حداً لاستثمار الراهن بغلة العقار المرهون . واتخذ لذلك تاريخاً محدداً ، هو الشروع في إجراءات التنفيذ . وذلك بتسجيل تنبيه نزع الملكية . وكفل للدائن المرتهن أن يباشر الأفضلية التي يخولها له الرهن على ثمار العقار أيضاً . فلم يخضعه بشأنها لقاعدة المساواة بين الدائنين .

وقيل في تعليل هذا الحكم « أنه وإن كان الرهن لا يسلب الراهن حقه في الانتفاع بالعين واستغلالها وجنى ثمراتها لحساب نفسه ، إلا أن حق المرتهن في اقتضاء دينه بالأولوية من توابع العين يبقى مع ذلك كامناً إلى أن يظهر حين يشرع في التنفيذ على العقار أحد الدائنين مرتهناً كان أو عادياً » (٢) .

(١) أنظر فيما يلي دراستنا في آثار الرهن على حق الراهن في استغلال العقار المرهون .

(٢) استاذنا المقفوز له الدكتور حامد فهمي « تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية » الطبعة

الثالثة التي أتمها الأستاذ محمد عبد الله محمد ص ٣٣٩ .

والثمار في هذا الشأن إما أن تكون مادية وهي التي تتولد بفعل الطبيعة كالكلأ وتسمى ثماراً طبيعية . أو يتدخل الإنسان في إنتاجها كالمزروعات وتسمى ثماراً مستحدثة . وإلى جانب الثمار المادية هناك الثمار المدنية وهي ما يغله العقار من إيرادات نقدية يؤديه من انتفع بالعقار كالمستأجر مثلاً .

وتتميز الثمار عما يسمى بالمنتجات بأنها تمثل الإيراد المنتظم الذي يغله العقار دون أساس بجوهره . على أن هذه الخصيصة الأخيرة ليست مطلقة . فإذا أعيد العقار نظراً لطبيعته الخاصة . على نحو يغل إيراداً منتظماً ، فإن ما ينتج عن ذلك يعتبر من قبيل الثمار ولو كان من شأنه الأساس بجوهر العقار . مثال ذلك ما يمكن أن يغله المناجم والمحاجر لأصحابها في مواعيد دورية متجددة . وهذا ما يسميه البعض بالثمار الصناعية .

لا تثار صعوبة بشأن الثمار المدنية ، فهي تتحدد بكل ما يستحق من مقابل نقدي لاستغلال العقار عن المدة اللاحقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية . فيتعلق حق الدائن المرتهن بالأجرة اللاحقة على هذا التاريخ ، ولا يمتد إلى الأجرة الواجبة عن مدة سابقة حتى ولو استحق أداؤها بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية .

ولكن يثار الخلاف بين الفقهاء بشأن الثمار المستحدثة كخصيصة الأراضي المزروعة . ونلمس في هذا اتجاهين متعارضين .

ف فريق يذهب إلى القول بأن حق الدائن المرتهن لا يتعلق بثمار الأراضي الزراعية إلا في نطاق المدة التي أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويحتسب هذا منذ بدء زراعته إلى يوم جنيه . فإذا كانت الفترة الزراعية مثلاً ستة شهور ، وتم تسجيل تنبيه نزع الملكية في منتصف هذه الفترة ، لا يتعلق حق الدائن المرتهن إلا بنصف قيمة المحصول (١) . ويستند هذا الرأي إلى أن نص المادة

(١) في هذا المعنى روى سيف « تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية » فقرة ٣٥٧ - عهد الفتح عبد الباقي ص ٣٤٦ - أحمد أبو الوفا في إجراءات التنفيذ الطبعة الثانية ص ٦٣٩ . سليمان مرقس ص ٤٨ .

١٠٣٧ صريح في أن إلحاق الثمار بالعقار لا يكون إلا عن المدة التي أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية (١).

ويتجه بجانب آخر من الفقه إلى أن العبرة بتاريخ جنى الثمار . وبذلك إذا سجل تنبيه نزع الملكية قبل هذا التاريخ ، التحقت الثمار بالعقار وتعلق بها حق الدائن المرتهن . من غير استبعاد جزء منها يمثل الفترة السابقة التي بقي فيها المحصول بالأرض . ويستجيب هذا الاتجاه إلى تفادي الصعوبات التي تترتب على احتساب المدد وقصر حق الدائن المرتهن على نصيب يمثل الفترة اللاحقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) . ويستعين أيضاً بنص المادة ٩٧٨ مدني في فقرتها الثانية . وهي التي تضع حكم الثمار التي يمتلكها حائز العقار حسن النية فلا يلتزم بردها إلى المالك . وتقتضي بأن الثمار الطبيعية أو المستحدثة تكون مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (٣) .

ونميل من ناحيتنا إلى تأييد الرأي الأول . إذ ينبغي في تقديرنا أن تقتصر آثار إلحاق الثمار بالعقار على الفترة اللاحقة على التاريخ الذي حددته القانون وهو تسجيل تنبيه نزع الملكية . لا نستند في ذلك إلى ما يستفاد من نصوص القانون فقط ، وإنما نستجيب أيضاً إلى أحكام الرهن الرسمي .

فالرهن الرسمي كنظام قانوني يتميز بإطلاق حرية المدين في استغلال العقار والاستثمار بشمرة هذا الاستغلال . ولعل ذلك هو جوهر الرهن الذي يجعله نظاماً قانونياً ملائماً للمدين . فهو يمكنه من الحصول على إئتمان عقاري ، دون

(١) ويستعين هذا الاتجاه الفقهى أيضاً لتأييد ما يذهب إليه بالذكر الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات ١٩٤٤ . فقد جاء فيها تعليقاً على حكم م ٤٥٦ (ويمثلها م ٦١٧ في التقنين) أنه في حالة الثمرات تقدر المدة الزراعية للمحصول ويوزع من ثمن المحصول الجزء المقابل للفترة اللاحقة لتسجيل التنبيه كما يوزع ثمن العقار » . (راجع أيضاً مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدني جزء ٧ ص ٢٧ ويستفاد منها هذا المعنى لأنها تحدد الغلة عن المدة التي أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية) .

(٢) المحفور له الدكتور محمد حامد فهمي المراجع السابق فقرة ٣٥٢ .

(٣) - شفيق شحاتة في النظرية العامة للتأمين العيني من ١١٠ وهامش ٢ .

أن يحرمه من الانتفاع بالعقار . فاذا خرج المشرع عن هذا الأصل ، وجب تقييد هذا المسلك وتفسيره في أضيق الحدود . وعلى هذا النحو ينبغي تفهم الحكم الوارد في المادة ١٠٣٧ . فهو لا يرمى إلى إهدار حق المدين في استغلال العقار . ولكنه يكفل للدائن أولوية على ثمرة هذا الاستغلال ، مفضلاً بذلك على سائر الدائنين العاديين . ولا يتحقق ذلك إلا بالاجراء التي يعبر عن الشروع في التنفيذ . وهو الذي يجعل العقار في طريقه إلى البيع جبراً على المدين . ومن ثم يقتصر حكم التحاق الثمار بالعقار على المدة اللاحقة على هذا الاجراء . ولكنه لا ينصرف إلى فترة سابقة عليه . ذلك أن هذه الفترة الأخيرة تمثل مقابل استغلال العقار في وقت كان المدين فيه حراً في هذا الاستغلال . فمن حقه أن يستأثر به .

والقول بغير ذلك يؤدي إلى تفرقة لا مبرر لها . فلو افترضنا أن صاحب الأرض المرهونة لم يزرعها وإنما استغلها عن طريق الايجار ، وكان يحصل على الأجرة في مواعيد دورية ، فهنا ينعقد رأى الفقه على أن حق الدائن المرتهن لا يتعلق إلا بالأجرة المستحقة بعد تسجيل التنبيه . ثم يظهر الخلف حينما يتعلق الأمر بمحصولات ، فيذهب البعض إلى تعلق حق الدائن المرتهن بها دون تفرقة بين فترة سابقة أو لاحقة على تسجيل التنبيه . وفي هذا القول ايثار بلا مبرر لمدين استغل أرضه بايجارها على آخر باشر زراعتها .

أخيراً نشير بشأن الثمار إلى حكم هام يتعلق ببيع الثمار قبل سجنها . فإن هذا البيع يسرى كقاعدة عامة في مواجهة الدائن المرتهن فلا يتعلق بها حقه مادام البيع قد تم بتاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، إلا إذا أمكن اثبات الغش أى الإضرار بالدائن . ولنا إلى هذا الحكم عودة في دراسة حق الراهن في استغلال العقار المرهون .

فرغنا في كل ما تقدم من دراسة العنصر الجوهري في انشاء الرهن الرسمي وقد انصرف جهدنا إلى تحليل الأحكام التي تدور حول شخص الراهن ، وبيان تلك التي تتعلق بالالتزام المضمون ، وأخيراً ما يتصل منها بالعقار المرهون .

على أن هذا العنصر الجوهرى لا ينهض وحده لتقرير الرهن ، بل استلزم المشرع المصرى خلافا للقواعد العامة أن تفرغ الارادة فى شكل معين هو الرسمية . ومن هنا وجبت دراسة هذا العنصر ليكمل تكوين الرهن الرسمى فيما بين المتعاقدين .

المطلب الثانى

العنصر الشكلى - الرسمية شكل التعبير عن الرضاء -

٥٤ - وجوب التعبير عن الرضاء فى شكل رسمى - الحكمه من

تفسيره :

نصت المادة ١٠٣١ فى فقرتها الأولى على أن الرهن لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية . وحرص المشرع فى مواضع أخرى بصدد شروط جوهرية فى صحة الرهن على وجوب إفراغها فى شكل رسمى أيضاً . فقد استلزم ورقة رسمية لإقرار المالك الحقيقى لرهن أوقعه الغير على ملكه (١) وقرر أن تعيين العقار تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه إذا لم يرد فى عقد الرهن ذاته ، فيجب أن يتم فى ورقة رسمية لاحقة (٢) . ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك .

هكذا خرج التقنين المدنى عن القواعد العامة فى رضائية العقود ، وإطلاق الحرية فى طريقة التعبير عن الرضاء . على أن الرسمية بمعناها الحديث لا تهدر الجوهر ، بل تهدف إلى ضمان التعبير عنه على نحو مأمون . ومن ثم فاشتراط الرسمية لا يتضمن أساساً بكافة الشروط الموضوعية التى يستلزمها القانون لانعقاد العقد . وبذلك تتميز الرسمية الحديثة عن الشكلية التى عرفتها الشرائع

(١) راجع ما تقدم فقرة ٤٠ فى رهن ملك الغير .

(٢) انظر ما تقدم فقرة ٥٠ فى بيان الشروط الواجب توافرها فى العقار المرهون .

القديمة كالقانون الروماني ، حينما كان الشكل يطغى على الإرادة فلا يعتد إلا به وحده (١) .

وقد اصطلح الفقه ، منذ أن تقرر رسمية عقد الرهن ، على تبريرها بأنها تتضمن تحذيراً للمدين من خطورة التصرف الذي هو مقدم عليه ، عساه يتبصر قبل أن يبرمه (٢) .

وعاب جانب من الفقه الحديث هذا القول . ذلك أن الرهن ليس وحده هو التصرف الخطير الذي تجدر بشأنه حماية خاصة . فالبيع مثلاً وهو تصرف في المال بصفة نهائية قد تركه المشرع رضائياً ، فلم يشترط لانعقاده شكلاً معيناً . ويخلص هذا الاتجاه إلى أن الرسمية من مخافات التاريخ التي نقلها كل مشرع عن سبقوه . فلم يعد لها مبرر بعد تقرير نظام الشهر العقاري (٣) .

والواقع أن الرسمية تبدو غير مجدية في تحقيق هدفها التقليدي ، فالمدين الذي عقد العزم على الرهن لن يعدم الوسيلة لإفراغ رضائه في الشكل المطلوب . ولكنها تؤدي دوراً هاماً يتصل بتطبيق مبدأ تخصيص الرهن .

وقد قدمنا أن الرهن حتى يقع صحيحاً يجب أن يتضمن بيانات بالغة الأهمية ، منها ما يتصل بتعيين قدر الدين ، ومنها ما يتعلق بتحديد العقار تحديداً دقيقاً . والتخصيص إذا ما ورد في ورقة رسمية كان له حجية أقوى أثراً . وبذلك نتفادى بالرسمية المنازعات الاحتمالية التي قد يثيرها أحد طرفي العقد حول البيانات المذكورة فيه ، إذا ما توجهنا إلى مكتب الشهر العقاري لقيد الرهن .

ولعل المشرع استشعر أهمية هذا التخصيص فحرص على أن يرد بالنسبة للعقار في ورقة رسمية إذا تم ذلك في تاريخ لاحق على عقد الرهن .

(١) راجع لارجييه طبيعة السند في القانون الخاص باريس ١٩٥١ .

(٢) سليمان مرقس ص ٩٩ .

(٣) عهد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٩١ - شفيق شحاته فقرة ٥١ .

هكذا تتمثل أهمية الرسمية ، في تقديرنا ، فتخلع على العقد حجية لا تتوافر في السندات العرفية . ذلك أن المشرع آثر البيانات التي يثبتها الموظف العام بثقة خاصة . فهو لا يقنع بمجرد إنكار الخصوم لبعض ما جاء فيها . بل يجب على من يدعى أن بيانا منها قد أثبتته الموظف مجانباً الحقيقة ، أن يطعن في المحرر بطريق التزوير بالطرق المقررة قانوناً (المادة ٣٩١ من التقنين المدني) .

وإذا سلمنا بأن حكمة الرسمية وثيقة الصلة بمبدأ تخصيص الرهن ، وجب القول بأنه لا يكفي فقط أن يصدر رضاء المدين في الشكل الرسمي كما يتجه الفقه في رأيه الغالب (١) . بل يجب أن يتم رضاء الدائن والراهن معاً في ورقة رسمية تتضمن البيانات اللازمة بشأن الالتزام المضمون والعقار المرهون ، وذلك حتى يكتسب هذا الرضاء الحجية التي تكفل تفادي ما قد يثور من منازعات احتمالية .

وهذه الرسمية التي تطلبها المشرع على النحو المتقدم ، يجب أن تم وفقاً لأحكام القانون ، أى أمام الموظف العام المختص بتوثيق التصرفات القانونية . ولم يكن نظام التوثيق موحداً في مصر ، إلى أن صدر القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بإنشاء مكاتب للتوثيق ألحقت بمصلحة الشهر العقارى ، وأسند إليها توثيق كافة المحررات التي يطلب إليها توثيقها . وعلى ذلك النحو فإفراغ الرهن في الشكل الرسمي يجب أن يتم أمام أحد مكاتب التوثيق بالشهر العقارى .

وعقد الرهن الذى لا يتوافر فيه الشكل الرسمي ، يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً بما يصاحب ذلك من آثار تقليدية . فيجوز لكل ذى شأن أن يتمسك به ، وللقاضى أن يقرره من تلقاء نفسه . وهو عقد لا يصححه تقادم إذ يجوز الدفع دائماً ببطلانه ، ولا تلحقه إجازة أحد المتعاقدين .

(١) سليمان مرقس بند ٦٣ - عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٩٢ .

٥٥ - الوعد بالرهن :

تقضى القواعد العامة بأن الوعد بالتعاقد يلتزم على عاتق الواعد التزاماً بإبرام العقد الموعود به . وفي هذا الشأن تنص المادة ١٠١ من التقنين المدني على أن الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التي يجب إبرامه فيها . وتضيف هذه المادة في فقرتها الثانية أنه إذا اشترط القانون لتمام استيفاء العقد شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

يتضح من النصوص المتقدمة أنه إذا كان العقد المراد إبرامه من العقود الشكلية كالرهن الرسمي ، وجب أن يتوافر في عقد الوعد الشكل الرسمي اللازم توافره في العقد الذي التزم الواعد بإبرامه .

ويترتب على تخلف هذا الشكل ، أن يقع الوعد باطلاً ، وبالتالي يمتنع على الدائن المرتهن أن يطالب بالتنفيذ العيني للالتزام ، ولا يجوز له أن يلجأ إلى القاضي ليستصدر منه حكماً يقوم مقام العقد .

والقول بغير ذلك يعين على الإفلات من قيد الشكل الذي يفرضه القانون ، لأن تنفيذ الوعد بالرهن المجرد من الرسمية ، يفضي إلى تمكين الموعود له ، وهو الدائن ، من استصدار حكم من القاضي . وبمقتضى هذا الحكم الذي يأخذ حكم العقد يستطيع قيد حقه . فيكتسب على هذا النحو التأمين العيني على العقار . وبذلك ينشأ الرهن رغم تخلف شرط أساسي لتكوينه وهو إفراغه في الشكل الرسمي (١) . على أن الوعد غير الرسمي وإن كان لا يصلح لإبرام

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية الجزء الثاني من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٤ ما يأتي « إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين في هذه =

عقد الرهن الموعود ، إلا أن الرأي السائد يرتب عليه بعض الآثار القانونية ، فهو تعاقد كامل يتضمن التزاماً شخصياً على عاتق الراهن بتقديم تأمين . وعلى ذلك تجوز المطالبة على أساسه بالتعويض ، والحكم بسقوط أجل الدين الذي كان يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به (١) .

ويستعين بعض الفقهاء في تأصيل هذا الحكم بنظرية تحول العقد التي أخذ بها التقنين المصري في المادة ١٤٤ من التقنين . فالوعد بالرهن يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف الرسمية . ولكن يترتب عليه أثر عرضي هو وعد بتقديم تأمين عيني ضماناً للوفاء بالالتزام ، وذلك على أساس أن النية الاحتمالية للمتعاقدين تنصرف إلى إبرام مثل هذا العقد .

ويلاحظ هنا أن محل الالتزام ليس إبرام عقد الرهن ، كما هو الحال في الوعد الباطل لتجرده من الرسمية . وإنما يلتزم المدين بعمل ، هو تقديم تأمين عيني (٢) .

والنتائج التي تصل إليها الاتجاهات المتقدمة تبدو لنا سليمة ، وتستجيب إلى وظيفة الرسمية في التشريع الحديث . فالأشكال التي تتطلبها بعض التقنيات المعاصرة ترمى إلى إدراك غاية معينة بالذات لا ينبغي أن تتجاوزها . ذلك أن الأصل هو حرية الإرادة في ترتيب الآثار القانونية ، وحريتها أيضاً في تخير الأداة

== الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق نفسه . ويوجه هذا النظر إلى أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيد الشكل الذي يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويمكن لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغب في الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعتدأ إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد ، لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا بطريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها» (١) أنور سلطان في مصادر الالتزام ص ١١٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٩٦ - قارن سليمان مرقس فقرة ٦٩ .

التي تفرغ فيها هذه الإرادة . والمفروض في هذا الأداة أنها وسيلة تعين الإرادة على الظهور إلى العالم الخارجى (١) .

فإن خرج المشرع عن هذا المبدأ المستقر ، لاعتبارات خاصة ، ففرض على الإرادة شكلاً معلوماً وقضى بأنها لا تنتج الآثار القانونية التي ترمى إليها إلا إذا أفرغت في هذا الشكل ، وجب الحد من نطاق هذا الاستثناء . وبعبارة أخرى فإن تحريم إبرام تصرف قانوني معين إلا إذا تم في ورقة رسمية ، يجب أن يقتصر جزاؤه في حالة تخلف الرسمية على عدم إبرام هذا التصرف بالذات . ولكن ذلك لا ينكر حقيقة أخرى تستجيب إلى سلطان الإرادة ، وهي أن ثمة آثار قانونية يمكن أن ترتب على التعبير الإرادى المجرد من الرسمية .

على ضوء هذا التصوير المتقدم لا ينبغي الحكم بنظرة جامدة على الوعد بالرهن الذي لم يتوافر فيه الشكل المطلوب . فكل ما رتبته المشرع من جزاء على هذا الوعد هو أنه لا يصلح للتنفيذ العيني ، أى أنه لا يفضى إلى تمكين الدائن من استصدار حكم يقوم مقام العقد فيجيز له قيد الرهن . هذا الجزاء لا بد من تقريره تطبيقاً لنصوص القانون . ولكن ذلك لا يمنع من أن ترتب على الإرادة المعلنة في وعد رضائي آثاراً قانونية لا تتعارض مع الجزاء الذي قرره المشرع .

وبذلك يمكن القول بأن هذا الوعد يرتب على الراهن التزاماً شخصياً ، وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة . ولكن لا يجوز تنفيذه عينا ، وذلك احتراماً لحكم المشرع في اشتراط الرسمية (٢) . وعلى هذا النحو يجوز بمقتضى هذا الوعد

(١) أنظر روجيه بيرو « أثر الأداة في هدف النظم القانونية » رسالة من باريس ١٩٥٣

ص ١٠ .

(٢) راجع السهوري الجزء الأول في الوسيط ص ٢٥٤ . وتقرر المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن ما يأتي « فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، وهو بهذه المثابة قدينتى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » (أنظر الجزء الثانى من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٥) . وانظر عكس هذا الاتجاه شفيق شحاتة فقرة ٥٨ وما بعدها .

الرضائي أن يحكم على المدين بالتعويض إذا لم يقبل إبرام عقد الرهن في الشكل الرسمي المطلوب . ويخضع للجزاء المقرر في القانون بسقوط الأجل المقترن بالالتزام الذي كان يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به . بل وإذا ورد هذا الوعد في عقد القرض فالقواعد العامة تمل في هذه الأحوال فسخ العقد لإخلال أحد طرفيه بتنفيذ التزام ترتب على عاققه .

٥٦ - الوكالة في الرهن :

تنص المادة ٧٠٠ على أنه «يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك» .

وتطبيقاً لحكم هذه المادة إذا أناب المدين وكيلاً عنه في رهن العقار وجب أن تتم هذه الوكالة في ورقة رسمية . على أن ذلك لا يغني بطبيعة الحال عن اشتراط الشكل الرسمي في عقد الرهن الذي ينقذ بين الوكيل والدائن .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن الرهن باعتباره من أعمال التصرف لا بد بشأنه من وكالة خاصة . إذ أن الوكالة العامة لا تنصرف إلا لأعمال الإدارة .

وتنبغي الإشارة أيضاً إلى الحكم الوارد في نص المادة ٧٠٢ من التقنين التي تقرر أنه « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه المدين والمرافعة أمام القضاء - والوكالة الخاصة في نوع من أنواع التصرفات القانونية تصبح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » .

يستفاد من النص المتقدم أن الرهن وهو من قبيل أعمال التصرف يكفي بشأنه أن يكون تخصيص الوكالة نوعياً ، بمعنى أنه يكفي صدور وكالة خاصة بالرهن . ولا يشترط تعيين محل الرهن على سبيل التحديد . هذا التعيين ، تطبيقاً لمبدأ تخصيص الرهن ، يرد في العقد الذي يبرمه الوكيل مع الدائن المرتهن .

ولكن المشرع لم يستلزم في الوكالة أن يحدد فيها موضوع التصرف إلا بالنسبة للتبرعات بوصفها أعمال قانونية تؤدي إلى افتقار الأصل بلامقابل (١) .

(١) وفي هذا الشأن قررت المذكرة الإيضاحية في صياغة معبرة أن «تدرج الأعمال في الخطوة يتمشى معه تدرج الوكالة في التخصيص ، فما كان من الأعمال محدود الخطوة كأعمال الإدارة ، تكني فيها الوكالة العامة ، فإذا زادت خطورة العمل ، كما في أعمال التصرف وملحقاتها وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني حتى إذا وصلت الخطوة إلى الذروة كما في أعمال التبرع وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني وفي محله» (مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص ١٩٩) .

المبحث الثاني

في الأحكام المتصلة بمصالح الغير
(قيد الرهن) .

٥٧ - النصوص القانونية - القيد إجراء شكلي واجب مباشرة

الافضلية والتبعية :

تنص المادة ١٠٥٣ من التقنين المدني على ما يأتي « ١ - لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس .

٢ - لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي » .

وقد جاء هذا الحكم تطبيقاً خاصاً لقاعدة عامة وردت في المادة ١٢ من قانون تنظيم الشهر العقاري وتقضي بما يأتي « جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطرق يقيد ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » .

بينما فيما تقدم أن الرهن الرسمي بوصفه نظام قانوني من نظم التأمينات العينية يخضع في إنشائه إلى عدة أحكام . منها ما يتصل بعلاقة الدائن بالراهن ، ومنها يتعلق بمصالح الغير . وهذا أمر طبيعي ذلك أن الحق الذي يكتسبه الدائن المرتهن يمس الراهن ، ويصيب الغير .

فالدائن حينما يزود بحق عيني تبعى على العقار ينتقص من سلطات المالك لأن القيمة الاقتصادية لهذا العقار تخضع لسيطرة الدائن ، وله أن يستأثر بها في حدود قيمة دينه المضمون .

هذا الاستثناء يقصى مزاحمة كل من يريد أن يكتسب حقاً على هذا العقار . وعلى هذا النحو يستطيع الدائن استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار مفضلاً على كافة الدائنين العاديين ، والدائنين التاليين له في المرتبة . وهو يباشر هذه الأفضلية على العقار في أى يد يكون ، ومن ثم أجزى له أن يتبعه .

حق الدائن المرتهن بالمعنى المتقدم ، يهدر مصالح من يكتسب حقاً عينياً متأخراً عنه في المرتبة . وهو يتضمن خروجاً على القاعدة العامة في المساواة بين الدائنين . ومن ثم فاذا اكتفى المشرع في تقريره ومباشرة السلطات التى يخولها بما أورده من أحكام موضوعية بشأن عقد الرهن ، لتعرضت مصالح الغير لأضرار جسيمة . فيفاجأ المشتري العقار بدائن مرتهن استنفد حقه قيمة العقار كله ، ويفاجأ الدائنون بأحدهم وقد انفرد بأفضلية لو علموا بها لما أقبلوا على منح ائتمانهم للمدين .

لهذه الاعتبارات المتقدمة اتجهت التشريعات الحديثة إلى وضع نظم تكفل الإعلان عن الحالة القانونية للعقارات وما يثقلها من حقوق عينية . وقد يسرت طبيعة هذه الأموال تطبيق هذا الاتجاه نظراً لما تتميز به من ثبات واستقرار .

وفي هذا الشأن اختلفت الوسائل لتحقيق هذا الهدف . فقد قطعت بعض الدول شوطاً بعيداً في هذا الصدد ، فاتخذت العقار في ذاته أساساً للإعلان عما تقرر عليه من حقوق ، ومن هنا جاء الشهر قائماً على تنظيم عيني قوامه إعداد سجلات تكشف عن الحالة القانونية لكل عقار ، بصرف النظر عما يملكه في الحاضر أو الماضي . وظاهر أن مثل هذا النظام يقتضى عناية وجهد في تقسيم الأراضي المملوكة على نحو لم يتيسر بعد تحقيقه في مصر .

ومن هنا جاء نظامنا مؤسساً على السجلات الشخصية ، وهذه تيسر تقديم البيانات عن العقار على أساس اسم مالكة وملاكه السابقين .

وأيا ما كان الأمر فظهر الرهن الرسمي عن طريق القيد هو الإجراء الذي ارتضاه المشرع المصري حتى يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر مضمون حقه في مواجهة الغير . وبعبارة أخرى لا يتيسر للدائن أن يباشر السلطات التي يخولها الحق العيني التبعية وهي الأفضلية والتتبع إلا بإتمام هذا الاجراء . وتطبيقا لذلك إذا تزامن عدة دائنين مرتهنين فالعبرة بالأسبقية في القيد . وإذا تصرف المدين في العقار ، فالدائن المرتهن لا يستطيع أن ينفذ عليه إلا إذا كان حقه مقيدا في تاريخ سابق على تسجيل التصرف .

على أن مضمون حق الدائن المرتهن وإن بقي معطلا حتى يتم القيد ، فإن هذا لا ينفي أنه قد اكتسب على العقار حقا عينيا بمجرد تمام عقد الرهن وفقا للشروط المبينة بالقانون . وليس ذلك سوى محض تطبيق لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني التي تقرر « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالوواعد المتعلقة بالتسجيل » .

ويستفاد من هذه المادة أن التزام الراهن بتقرير حق الرهن يتم من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد العقد ، فيكتسب الدائن حقه دون حاجة إلى إجبار المدين على التنفيذ . ذلك أننا بصدد حق عيني لا يخضع لإجراءات التسجيل ، وبصدد عقار معين بالذات . وعلى هذا النحو ينطبق حكم المادة ٢٠٤ فيتقرر للدائن حقه بمجرد نشأة العقد ، لأن اكتساب الدائن لهذا الحق يعاصر نشوء الالتزام في ذمة المدين (١) .

(١) يقرر الدكتور شفيق شحاته في ص ١٤٣ وما بعدها ما يأتي « يقال إن التأمينات العينية قد تنشأ عن العقد كما في الرهن الرسمي ، والواقع أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس بمصدر العقد . أما المصدر الحقيقي للرهن فهو واقعة القيد فإن لم يحصل القيد فلا يكون هناك رهن رسمي . وعقد الرهن الرسمي لا ينشئ سوى التزامات شخصية يلتزم بمقتضاها الراهن ببعض الأعمال ، فن المهم أن نميز تمييزاً واضحاً ما بين عقد الرهن والرهن نفسه . أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه =

على أن حق الدائن الذى تلقاه فور تمام العقد ، يجب أن يقيد حتى ينطلق مضمونه فيستطيع الدائن أن يحتج به على الغير بما يخول من أفضلية وتتبع .

== التأمين العيني بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره فى الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العيني يظهر أثره ابتداء فى حق الغير ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها مصدراً للتأمين العيني . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشئ حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً فى حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده ، ولذلك نقول أن الرهن مصدره القيد ، على أن العقد يعتبر السبب القانونى للقيد ، ولا يكون القيد منتجاً لأثره إلا إذا كان مستنداً إلى عقد صحيح . (نقلنا هذا رأى عن الدكتور شفيق شعاعته واكتفينا فقط بالفقرات التى تتعلق ببحثنا للرهن الرسمى ، وتركنا الجانب الذى يخص التأمينات العينية الأخرى نبينه فى موضعها) . وخلاصة هذا الاتجاه أن مصدر حق الدائن المرتهن هو واقعة القيد ، أما العقد فلا يرتب سوى التزامات شخصية على عاتق الراهن ويعتبر سبباً قانونياً للقيد .

وفى تقديرنا أن أساس هذا رأى الذى يسجل اتجاهها غير مألوف فى الفقه ، وثيق الصلة بالتصوير الذى قدمه الدكتور شفيق شعاعته للتأمينات العينية . فقد بدأ فى بسط نظريته بأفكار فكرة الحقوق العينية التجهية ، وخلص منها إلى أن التأمين العيني وصف للالتزام يضع الدائن المرتهن فى مركز يفضل به سائر الدائنين . وعلى هذا النحو إذا ما نظرنا إلى حق الدائن من خلال الأفضلية فقط فقد يردى ذلك إلى القول بأن مصدر هذه الأفضلية هو واقعة القيد .

ولكننا نعتقد أن النظر إلى مركز الدائن المرتهن لا ينبغي أن يتم على هذه الصورة ، إذ يجب أن نتساءل أولاً ، ماهو السند الذى يخول للدائن الأفضلية أو التتبع ، ولماذا لا يستطيع أن يدعيها دائن عادى . الفارق بينهما أن الدائن المرتهن تقرر له حق عيني على عقار من عقارات مدينه . هذه هى نقطة البداية ، وعلى ضوءها تنبغى التفرقة بين محل الحق ومضمونه .

١ - فالدائن المرتهن اكتسب بمقتضى عقد الرهن حقاً عينياً على العقار . هذا الحق يخول له فى مواجهة مدينه أن يمنعه من مباشرة سلطاته كمالك على نحو يتعارض مع الحق الذى تقرر له على العقار . وتطبيقاً لهذا أجازت له المادة ١٠٤٧ أن يعترض على كل عمل أو تصرف ينقص ضمانه ، وخولت له أن يتخذ ما يلزم من وسائل تحفظية للمحافظة على حقه ، بل وقد تضمنت المادة ١٠٤٥ قيوداً تحد من حرية الراهن فى استئلال العقار . (كذلك تضمنت المادة ١٠٤٨ سلطات تعبر عن تعلق حق الدائن المرتهن بالعقار) .

سند هذه الرقابة التى هيأها القانون للدائن المرتهن يستند إلى وجود حق لهذا الدائن . هذا الحق ليس شخصياً فى مواجهة المدين . ولكنه عيني ارتبط بالعقار ، فهى له أن يتسلط عليه وأن ==

٥٨ - التنظيم القانوني للاحكام الغير - إمانة إلى قانونه تنظيم

الشهر العقاري :

تنص المادة ١٠٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي « يتبع في إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله ، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري » .

هذه هي الصياغة النهائية التي تخلفت عن مشروع القانون المدني في مراحل

== يرد الرهن عن كل عمل يصيب هذا العقار بنقص .

٢ - وأما أن الدائن لا يستطيع أن يباشر الأفضلية والتتبع إلا بالقيد ، فهذا لا ينبئ عن العقد أنه مصدر حق الرهن . ذلك أن الدائن يكتسب حقاً عينياً على العقار بمقتضى العقد ، ولكن هذا الحق يتراخى مضمونه حتى يتم القيد ، وذلك لاعتبارات قدرها المشرع مراعيّاً فيها مصالح الغير . فالقيد إذن إجراء يطلق أثر الحق العيني المقرر لمصالح الدائن بمقتضى العقد ، والقول بأن الرهن مصدره واقعة القيد ، هو خلط بين اكتساب الحق ، وانطلاق أثره .

٣ - والواقع أن الرهن الرسمي نظام قانوني يمس مصالح متعددة ، ولذلك قدر المشرع أن اكتساب حق الرهن يقتضى توافر أحكام متعددة ، فلا بد أولاً من عقد يحدد محل الحق ، وبانعقاد العقد يتقرر الحق على هذا المحل . على أنه في مرحلة تالية لابد من توافر حكم آخر هو إجراء القيد فهو لازم لمباشرة مضمون الحق العيني المقرر ابتداءً على العقار . وستبين لنا أهمية هذا القول في جواز إجراء القيد بعد تسجيل صحيفة دعوى اعسار الرهن أو بعد وفاته . انظر فيما يلي فقرة ٦٥ .

نخلص مما تقدم أن الرأي الذي يقرر إن القيد هو مصدر حق الدائن المرتهن قد يستقيم مع الفقه المنكر للحقوق العينية ، حيث يصبح التأمين العيني في نظره مجرد أفضلية ، وهذه لا تثبت إلا بالقيد . ولهذا كان من المحتم أن يظهر الخلاف مع الرأي السائد الذي يقرر إن الرهن يرتب لصاحبه حقاً عينياً ، والعبارة في تحديد معيار الحق العيني هي النظر إلى محل الحق وليس إلى مضمونه . ولا شك في أن الشخص متى ثبت له استئثار بشيء مادي معين بالذات ، فهو صاحب حق عيني ، أما مضمون الحق فقد تتعطل مباشرة لاستيفاء شروط فرضها القانون . وهذا هو حال الدائن المرتهن ، إذ يرتبط حقه بالعقار منذ انعقاد العقد فيكتسب حقاً عينياً . أما السلطات التي يخولها هذا الحق على العقار فتتراخى حتى يتم القيد ، وهو إجراء فرضه المشرع لحماية لمصالح الغير من مفاجآت العقود التي تم ، وتظل سرّاً بين عاقدَيْها .

(أنظر في نقد هذا الرأي أيضاً السهري الوسيط الجزء الثاني ص ٧٧٢ هامش ٢) .

تطوره . وقد استعاضت عن التنظيم الشامل الذى جاء فى المشروع التمهيدى بنص عام ، جعل المرجع فى أحكام القيد للقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى . هذه الإحالة جعلت للدراسة هذا القانون أهمية بالغة بالنسبة إلى الرهن الرسمى والتأمينات العينية الخاصة التى ترد على العقار (١) .

على أن المشرع المدنى عنى بشأن القيد بذكر حكم يتعلق بمصروفاته ، فقرر فى المادة ١٠٥٥ أن مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن مالم يتفق على غير ذلك . ولنا إلى هذا الحكم عودة أخرى فى دراسة وعاء الأفضلية .

٥٩ - الخطوات التى رسمها المشرع لإجراء القيد :

القيد هو إدراج بيانات معينة بواسطة صاحب المصلحة فى دفتر معد لذلك بالمكتب المختص فى الشهر العقارى .

ويستفاد من الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقارى أن إجراء القيد يتضمن مرحلتين ، الأولى تمهيدية قصد بها التحقق من صلاحية الرهن للشهر ، والثانية نهائية يتم بمقتضاها قيد الرهن . ومنذ هذه اللحظة ترتب على القيد الآثار التى قررها القانون .

المرحلة التمهيدية للتوفيق من صلاحية الرهن للشهر : تنص المادة ٢٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى (٢) على أنه « تم إجراءات الشهر فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم » .

(١) سنمى بدراسة أحكام القيد مفصلة ، وبذلك نكتفى بالإحالة إليها بالنسبة إلى شهر حق الاختصاص وحقوق الامتياز المقارية الخاصة ، مع بيان ما قد تنفرد به من أحكام فى الموضع المختص لبحثها .

(٢) سنكتفى فيما يلى من أحكام بذكر عبارة شهر عقارى معروفة برقم المادة للدلالة على هذا القانون .

والأصل أن الدائن المرتهن هو صاحب المصلحة في مباشرة إجراءات الشهر ، لأن القيد شرط لازم لسريان حقه في مواجهة الغير بما ينطوي عليه من أفضلية وتبعية . على أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يباشر هذه الاجراءات نائب عن الدائن . وهو في هذا الشأن قد يكون وكيله : بل وقد يتصدى للقيد أحد دائنيه مستعيناً في ذلك بنظام الدعوى غير المباشرة إذا ما توافرت شروطها ، لأن إهمال القيد يضر بهذا الدائن . وقد أجاز له المشرع بالدعوى المتقدمة أن يستعمل حقوق مدينه .

ولما كان القيد يكفل للدائن سريان حقه في مواجهة الغير ، ولذا فالمبادرة بإجرائه تحقق له مرتبة يسبق بها غيره ، ومن ثم فقد يبادر باتخاذ هذا الاجراء شخص غير مكلف بذلك . وهو بتدخله هذا يصدق عليه وصف الفضولى .

على أن الصورة المألوفة لمباشرة إجراءات القيد هي أن يقبل عليها الدائن بنفسه . وتتخذ الخطوة الأولى بتقديم طلب الشهر إلى المأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها (١) ، موقعا عليه من الراهن أو الدائن المرتهن (م ٢١ شهر عقارى) . ويجب أن يتضمن الطلب بيانات معينة ، ورد ذكرها في المادة ٢٢ ، أخصها ما يتصل بطرفى عقد الرهن ، وبتعيين العقار من حيث موقعه ومساحته وحدوده ، وبصفة خاصة ما يتعلق بعقد الرهن ذاته ومقدار الدين الذى يضمه (٢) .

(١) وفي هذا الشأن تنص المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى على وجوب تقديم الطلبات الخاصة بشهر المحررات من ثلاث نسخ متطابقة ومعه الاوراق المنصوص عليها فى القوانين واللوائح ، وتولى المأمورية المختصة فحصها من ناحية قانونية ثم تحويلها بعد استيفاء ما يلزم توافره فيها إلى قلم الاستعلامات الهندسية .

(٢) تنص م ٢٤ شهر عقارى على وجوب إيداع كفالة قدرها مائة قرش عند تقديم الطلب ، وتصادر بقوة القانون إذا لم يتم شهر الرهن خلال سنة من تاريخ قيد الطلب وفى هذه الحالة يعتبر الطلب كأن لم يكن .

يدون الطلب متقدم الذكر حسب تاريخ وساعة تقديمه في دفتر معد لذلك في كل مأمورية ، ويسمى دفتر أسبقية طلبات الشهر . وتتولى المأمورية فحص الطلب من ناحية قانونية ، ثم ترسله إلى الجهة المختصة للتثبت من صحة المعلومات الواردة بشأن العقار من حيث مساحته وحدوده .

وحيثما تنتهي المأمورية إلى قبول اجراء الشهر ، ترسل نسخة من الطلب إلى من قدمه في محل إقامته إذا لم يتسلمها في خلال ثلاثة أيام من التأشير عليها .

فإذا تلقى صاحب الشأن نسخة من الطلب مؤشرا عليها بقبول اجراء الشهر كان عليه أن يقدم للمأمورية المختصة مشروع عقد الرهن الرسمي المراد شهره مرفقا به النسخة المؤشرا عليها بقبول طلبه . وعندئذ تدرك المرحلة التمهيدية نهايتها ، وذلك بتأشير جديد على مشروع المحرر المقدم بصلاحيته للشهر (١) :

المرحلة النهائية التي يتم فيها الرهن بمقتضاها : تبدأ هذه المرحلة بتقديم عقد الرهن الرسمي المراد شهره ، الى مكتب الشهر المختص (٢) ويجب أن يقرن عند تقديمه بقائمة تشتمل على بيانات خاصة سنخصص لها دراسة مستقلة نظراً لأهميتها . ويعد بالمكتب دفتر تثبت فيه قوائم القيد بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها (٣) . ومنذ ذلك الحين يعتبر الرهن مقيداً فيسرى في مواجهة الغير . ويستطيع كل ذي شأن إذا ما توجه الى المكتب المختص أن يطلع على الحالة القانونية للعقار وما يثقله من رهون وكافة الحقوق العينية الأخرى التي أخضعها المشرع لنظام الشهر (٤) .

(١) تنص المادة ٢٦ شهر عقارى على أنه «تعيد المأمورية للطالب نسخة من الطلب مؤشرا عليها برأيها في قبول اجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفى فيه . فإذا لم يتقدم الطالب لتسلم هذه النسخة في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه أرسلت إليه في محل إقامته المبين في الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول .

(٢) تحدد المادة الخامسة من القانون اختصاص مكاتب الشهر على النحو الآتي « يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه (٣) أنظر نص م ٢١ من القانون ، م ١٦ من اللائحة .

(٤) وقد تكفلت اللائحة التنفيذية ببيان سبيل الاطلاع على الحالة القانونية للعقار . فقضت بأن يعد بكل مكتب دفتر تثبت فيه البيانات المعينة للمحررات أو القوائم المقدمة للشهر بأرقام

هذه الخطوات التي رسمها المشرع لقيود الرهن الرسمي ، تصدق على كافة التأمينات العقارية الخاصة التي استلزم القانون شهرها . وبذلك يتبع الدائن نفس الإجراءات بالنسبة إلى حق الاختصاص ، والرهن الحيازي ، والامتيازات العقارية الخاصة .

٦٠ - وجوب تحري الدقة فيما تقدم من إجراءات - أثر الشكل على مضمونه الحق :

أوضح قانون تنظيم الشهر العقاري الخطوات التي يجب اتباعها حتى يتم قيد الرهن ، ويصبح سارياً في مواجهة الغير . وفي هذا الشأن تنبئ العناية بما أورده القانون من أحكام . ذلك أن إغفال جانب منها ينقل إلى جوهر الحق فيصيبه في مضمونه ، ويحرم الدائن المرتهن من التمسك به في مواجهة الغير .

من ذلك مثلاً ما جاء في المادة الخامسة من القانون بشأن تحديد اختصاص مكاتب الشهر العقاري . فهي تقرر لكل مكتب اختصاصاً مانعاً بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه . وإذا كانت العقارات واقعة في دائرة اختصاص مكاتب متعددة وجب إجراء الشهر في كل مكتب منها .

ولا يكون للشهر الذي تم في أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقارات

== متتابعة بحسب أسبقية تقديمها مع ذكر تاريخ اليوم والساعة (م ١٦) . ويعد بمكاتب الشهر أيضاً دفاتر هجائية للفهارس ويخصص فهرس لكل ناحية أو مدينة تدرج فيها أسماء جميع الأطراف في المحررات أو جميع ذوى الشأن فيها (م ٢٥) . وتعد دفاتر هجائية للفهارس تمسك عن كل مديرية أو محافظة سنوياً ، وترسل في نهاية كل عام إلى مكتب الشهر الرئيسي (م ٢٦) .

ولكل شخص أن يطلب الاطلاع في مكتب الشهر على دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس أو على أى محرر تم شهره بعد أداء الرسم المستحق (م ٢٧) . وعلى مكاتب الشهر كلما طلب منها ذلك عن مدة معينة وبالنسبة إلى شخص معين أن تسلم قائمة بالتسجيلات والقيود الواردة بالفهارس أو بياناً يفيد عدم وجود تسجيلات أو قيود ، وذلك بعد أداء الرسم المستحق (م ٢٨) . وتعد دفاتر لقيود طلبات الاطلاع وطلبات الشهادات العقارية وما تم بشأنها . ويسلم مكتب الشهر أيضاً شهادة بمضمون أى تأشير هامش لمن يطلب ذلك (م ٢٩) .

وهكذا تكفلت اللائحة التنفيذية بشككين كل من يعنيه أمر العقار أن يكشف عن حالته القانونية .

التي تقع في دائرة اختصاصه . وهنا تبدو أهمية تحري الدقة في التوجه إلى مكتب الشهر المختص وإجراء القيد . ولا يسرى في حق الغير القيد الذي تم في غير جهة الاختصاص . وفي ذلك يتمثل أثر الشكل على الجوهر ، والضرر الذي يلحق الدائن المرتهن إذا ما انحرف عن الطريق الذي رسمه القانون لقيد حقه . كذلك أيضاً تظهر أهمية إجراءات القيد ، وضرورة التعجيل بإتمامها في الصور التي يتزاحم فيها دائنون مرتهنون لعقار واحد ، اتجهوا إلى مكتب الشهر لقيد حقوقهم في يوم واحد .

فالقاعدة التي تحكم النزاحم بينهم هي الأسبقية في القيد بصرف النظر عن تاريخ انعقاد الرهن . على النحو الذي سنفصله في دراساتنا لأحكام الأفضلية . ولكن الأمر يدق إذا ما تمت القيود في يوم واحد . عندئذ تكون العبرة بالأسبقية في ثبوت القيد بالدفتر المعد لذلك . وتيسيراً لتطبيق هذا الحكم قضت المادة ٣١ شهر عقارى بأن يعد بكل مكتب دفتر للشهر تثبت فيه قوائم القيد بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها . وكأن الساعة تلعب دوراً هاماً في المرتبة التي يحتلها الدائن المرتهن . وهنا يظهر أيضاً أثر الشكل على مضمون الحق ، وتبدو مصلحة الدائن واضحة في المبادرة باتخاذ الخطوات اللازمة لقيد حقه .

وهناك مثال آخر يكشف لنا عن أثر هذه الإجراءات الشكلية على مصير حق الدائن المرتهن . وهو يتضح لنا بدراسة قائمة القيد وما يجب أن تتضمنه من بيانات ، والجزاء المقرر لإغفال بعض منها أو الخطأ فيها .

٦١ - البيانات القانونية في قائمة القيد :

قدمنا أن المرحلة النهائية في إجراء القيد تتمثل في تقديم عقد الرهن الرسمي إلى مكتب الشهر المختص ، مقروناً بقائمة تشتمل على بيانات معينة . وقد جاء ذكرها في نص المادة ٣٠ شهر عقارى على النحو الآتي :

١ - اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ومحل المختار في دائرة المحكمة ، فإن لم يختار له محلاً صح إعلان الأوراق إليه في قلم كتاب المحكمة . ولهذا البيان .

أهمية خاصة فيما يتعلق بتعيين محل مختار للدائن في دائرة المحكمة التي يتبعها العقار . ذلك أن المادة ١٠٦٥ من التقنين المدني تلزم حائز العقار المرهون إذا أراد تطهيره أن يوجه الإعلانات التي يتطلبها القانون في المحل المختار لكل دائن كما ذكر في قائمة القيد (١) . فإذا أغفل الدائن ذكر محل مختار ، جاز إعلانه في قلم كتاب المحكمة .

٢ - اسم المدين أو المالك الذي رتب الحق على ملكه إذا كان غير المدين ولقبه وصناعته ومحل إقامته . وهذا بيان بالغ الأهمية لأن نظام الشهر في مصر شخصي يقوم على معرفة أسماء ملاك العقار . بينما يتأسس نظام الشهر العيني على معرفة العقار في ذاته ، والكشف عما يتقرر عليه من حقوق عينية . ومن ثم فمعرفة اسم مالك العقار هي وحدها التي تعين على الكشف عن الحالة القانونية للعقار في مصر . والعبرة باسم الراهن مالك العقار ، بصرف النظر عما إذا كان الرهن مقدماً من المدين ، أو من شخص آخر وهو الذي يسمى بالكفيل العيني .

٣ - تاريخ السند والجهة التي تم أمامها أو صدر منها . وهذا بيان يتصل بعقد الرهن ذاته ، ويهدف إلى تمكين الغير من الاطلاع عليه ، والتأكد من أنه تم مستوفياً للشروط الموضوعية والشكلية التي استلزمها القانون . وتنبغي الإشارة في هذا الشأن أن الغير ليس له الحق في إلزام المدين بإبراز سند الرهن للاطلاع عليه . ولكنه قد يستطيع ذلك بطريقة غير مباشرة ، إذا ما جعل هذا الاطلاع شرطاً للتعامل مع المدين بشأن العقار المرهون (٢) .

٤ - مصدر الدين المضمون ومقداره كاملاً وميعاد استحقاقه . وهذا البيان هو صدى لمبدأ تخصيص الرهن الذي سبقت الإشارة إليه في دراستنا للالتزام المضمون (٣) .

(١) أنظر ماسيل في دراسة تطهير العقار .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ بند ٧٣٨ .

(٣) راجع ما تقدم فقرة ٥٠ .

على أن ذكر هذا البيان في قائمة القيد ذو أهمية خاصة ، لأن الغير يتلقى معلوماته بواسطة ما نجاء في هذه القائمة من بيانات .

وقد غنى المشرع بأشتراط ذكر مصدر الدين المضمون . وبذلك يتييسر لمن يتعامل مع المدين التحقق من صحة هذا الدين ، إذ قد يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال . ويستطيع تعقب مصيره ، إذا ما انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء . ولهذا المصير فائدة جمة للغير ، إذ يترتب على انقضاء الدين زوال الرهن بصفة تبعية وبذلك يتحرر العقار من الرهن المقرر عليه .

وتنبغى الإشارة أيضاً إلى أن اشتراط بيان مصدر الدين ، يفوت على المدين فرصة الإبقاء على مرتبة متقدمة لصالح دائن المرتهن ضماناً للوفاء بالتزام غير الذى تقرر الرهن من أجله . ويتيسر تحقيق ذلك إذا لم يتطلب القانون تحديد مصدر الدين المضمون . فقد يكون الشخص مدينًا لآخر بعدة ديون مختلفة المصادر ، فيقرر له رهناً ضماناً للوفاء بلدين منها ، ثم يسدده ويحتفظ مع ذلك بالرهن ضماناً للوفاء بالديون الأخرى . وعلى ذلك النحو يستخدم الرهن كأداة ضمان مجردة ، الأمر الذى لم يقره القانون المصرى ، الذى استجاب إلى مبدأ التبعية فقرر بنص صريح إن الرهن يتبع الدين في صحته وانقضائه — الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ مدنى — (١) .

لهذه الاعتبارات المتقدمة حرض المشرع على وجوب ذكر مصدر الدين في قائمة القيد . وهكذا يتييسر للدائنين الآخرين ولكل ذى مصلحة أن يكون على بينة من مصير الدين ، وأثر هذا المصير على زوال الرهن . وبذلك لا يستطيع المدين أن يتحايل على القانون بالإبقاء على الرهن رغم انقضاء الدين الذى يضمه مخالفاً بذلك مبدأ التبعية .

غنى المشرع أيضاً علاوة على بيان مصدر الدين ، بوجوب تعيين مقداره . وعلى ضوء هذا التعيين يتحدد موقف من يريد أن يتعامل مع المدين بشأن

العقار المرهون . فالمشترى يعنيه معرفة قدر الديون التي يضمها العقار ، لأن القانون أجاز له أن يؤديها عن المدين ويحل محل الدائنين كما سنيين فيما بعد . والدائن الذي يعرض ائتماناً جديداً على المدين ، ويتطلب ضماناً خاصاً على العقار يحرص على العلم بمدى صلاحية هذا العقار لتقرير ضمان فعال . ولا يتيسر ذلك إلا بعلمه بقدر الديون التي ارهن العقار تأمينا للوفاء بها .

بل ويلعب هذا البيان دوراً هاماً في تحديد نطاق الأفضلية. إذ على ضوء ما جاء في قائمة القيد يستطيع الدائن المرهن أن يتقدم غيره من الدائنين في استيفاء حقه . فإذا كان الدين يتجاوز في قدره ما ورد فيها ، فقد الأفضلية في حدود هذه الزيادة . أما إذا كان المبلغ المضمون بالرهن أقل مما ذكر في قائمة القيد ، فهنا حكم المشرع بأن العبرة بالمبلغ الحقيقي ، فلا يستفيد الدائن من القدر الزائد، على النحو الذي سنبينه بعد حين بشأن الجزاء المترتب على الخطأ في بيانات القيد .

وقد أضاف المشرع أيضاً وجوب ذكر ميعاد استحقاق الدين . وفي هذا البيان تيسير على الغير أيضاً في معرفة مصير الدين ، والتحقق من أن المدين قام بالوفاء به .

أخيراً تنبغي الإشارة إلى ما سبق بيانه بشأن الديون الاحتمالية والمستقبلية . فقد قدمنا في هذا الشأن أن المشرع استلزم ذكر المبالغ المضمونة بالرهن أو في القليل تعيين حدها الأقصى . وعلى هذا النحو أجاز قيد الرهن ، واحتسب مرتبته من هذا التاريخ ولو نشأ الدين في تاريخ لاحق . وبذلك يجب أن تتضمن قائمة القيد بشأن هذه الديون بيان مصدرها وتعيين قدرها (١) .

٥ - تعيين العقار الذي اكتسب عليه الحق تعييناً دقيقاً . وقد تكفلت المادة ٢٢ شهر عقارى بإيضاح طريقة التعيين ، فاستلزمت كافة البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده.

(١) راجع ما تقدم فقرة ٥٠ ص ١٤٨ هامش ١

فإن كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقسم القطعة ، وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية فيها وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد .

هذا البيان يعتبر أيضاً امتداداً لمبدأ تخصيص الرهن . فقد اشترط المشرع المدني تعيين العقار في عقد الرهن ذاته . على أن التخصيص الوارد في عقد الرهن ، لا يغني عن ذكره في قائمة القيد لاختلاف هدف كل منهما . فهو في العقد شرط لازم لانعقاده ، وهو في قائمة القيد بيان واجب لسريان الرهن على الغير (١) .

ويلاحظ في هذا الشأن وجوب تطابق البيانات الواردة في عقد الرهن ، مع تلك التي جاءت في قائمة القيد . ولذلك استلزم قانون الشهر العقاري عند تقديم طلب الشهر في المرحلة النهائية أن يقدم عقد الرهن الرسمي مقرونًا بقائمة القيد . وهنا تبدو أهمية ما سبق لنا بيانه أن اشتراط الرسمية في التعبير عن الرضاء بالتعاقد يلعب دوراً فعالاً في تطبيق مبدأ تخصيص الرهن . ذلك أن البيانات التي تذكر في العقد أمام موظف عام مختص قد أولاها المشرع ثقة خاصة ، فاستلزم لجواز إنكارها الطعن فيها عن طريق التزوير (٢) .

٦٢ - مزاد تخلف بعض البيانات المتقدمة أو الخطأ فيها :

يظهر في نطاق هذا البحث أثر الشكل على مضمون الحق . ويتحدد ببيان الجزاء المترتب على تخلف بعض البيانات القانونية في قائمة القيد أو الخطأ فيها . فقد يفضي ذلك إلى عدم الاعتداد بالقيد ، وإنكار الغير لوجوده . على أنه

(١) أنظر عبدالفتاح عبد الباقي ص ٣٧٢ هامش ٣ وقد وردت فيه الإشارة إلى حكم استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ (مجموعة ٣٤ ص ٤١٥) . جاء فيه أن القيد ماهو إلا إجراء تابع لعقد الرهن . فإذا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص فإن هذا البطلان لا يزول بالتخصيص الوارد في قائمة القيد . على أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تضعيف قائمة القيد تفصيلات لبيان ورد ذكره في العقد على نحو كان كافياً لانعقاده صحيحاً .

(٢) راجع ما سبق بيانه بشأن الرسمية فقرة ٥٤ .

يجب أن نبين موقف المشرع المصرى من هذا الجزاء . فهو يختلف فى شروط توافره ، ونطاق تطبيقه . عما كان عليه الحال فى ظل قانون التسجيل القديم .

لم يخضع هذا الجزاء لتنظيم تشريعى فى مصر قبل صدور قانون الشهر العقارى ومن ثم ترك أمر تقريره لسلطان القضاء . وقد استعان فى هذا الشأن بما جرى عليه الحال أمام القضاء الفرنسى قبل صدور قانون أول مارس ١٩١٨ الذى نظم فى فرنسا أحكام الجزاء المترتب على إغفال ذكر بعض البيانات أو الخطأ فيها .

وكان المعيار فى هذا الشأن مستمداً من أهمية كل بيان ، ومدى تعلقه بمبدأ تخصيص الرهن من ناحية ، وصلته بالغاية من نظام الشهر العقارى من ناحية أخرى . ومن هنا جاءت التفرقة بين البيانات الجوهرية أو الأساسية ، والبيانات التنظيمية أو الثانوية .

وتعتبر البيانات جوهرية Substantielles إذا كان ذكرها يقتضيه مبدأ تخصيص الرهن ، وإغفالها يهدر الحكمة من الشهر . وهى وحدها التى رتب القضاء على تخلفها أو الخطأ فيها بطلان القيد . ومثال ذلك أن تخلو قائمة القيد من ذكر اسم الراهن أو تعيين قدر الدين المضمون أو تحديد العقار المرهون (١)

وتكون البيانات تنظيمية أو ثانوية Accessoires إذا كان المشرع قد استلزمها لاعتبارات إدارية تتعلق بتنظيم أحكام الشهر وتيسير إجراءاته . من ذلك مثلاً ما يتصل بذكر رقم العقار المرهون إذا كان منزلاً ، ولا يملك الراهن غيره فى الجهة المبينة بقائمة القيد ، أو ما يتعلق بتعيين محل مختار للدائن مادام إعلانه ميسوراً فى محل إقامته أو فى قلم كتاب المحكمة (٢) .

(١) استئناف مخطوط ١٠ يناير ١٩٢٩ مجموعة ٥١ ص ١٠٧ .

(٢) أنظر بيير رينو انسكلويدى دالوز « قيد الرهن » جزء ٢ ص ١٠٤٩ بند ٣٣٠ وما

هذه التفرقة رغم ما قد توحى به من يسر في التطبيق ، اصطدمت بالكثير من الصعاب . فلم يكن هيناً على القضاء من غير نص تشريعي أن يضع حداً فاصلاً بين بيان جوهرى وآخر ثانوى (١) . وكان المرجع الأخير بطبيعة الحال لمحكمة النقض تفرض رقابتها القانونية على قاضى الموضوع فى هذا الشأن (٢) . بل وأثير التساؤل أيضاً إذا ما كان القاضى عليه أن يحكم بالبطلان ، حتى ولم يترتب على إغفال البيان أو الخطأ فيه الاضرار بمصالح الغير (٣) .

وقد أراد المشرع أن يحسم الأمر فوضع نصاً خاصاً بالجزاء المترتب على نقص بيانات القيد أو الخطأ فيها فى المادة ٤١ شهر عقارى التى تقرر ما يأتى «لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة الثلاثين بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير . ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها . والمحكمة أن تبطل أثر القيد أو أن تنقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه» (٤)

الفكرة الأساسية التى يستند إليها هذا الحكم هو أن الجزاء لا يتحرك إلا إذا كان هناك ضرر . ويترتب على ذلك أن إغفال أى بيان معين أو الخطأ فيه لا يفضى إلى بطلان القيد بقوة القانون . بل يجب أن يطلب ذلك من المحكمة . ولا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من لحقه الضرر من تخلف البيان أو الخطأ فى ذكره ، وعليه يقع عبء إثبات الضرر تطبيقاً للقواعد العامة فى هذا الشأن . والقاضى على ضوء تقدير هذا الضرر يزن الجزاء الذى يحكم به ، فيحدده فى نطاق الضرر ومداه (٥) .

(١) راجع بلانيول وريبير ويكيه جزء ١٢ بند ٧٥١ .

(٢) بيير رينو المرجع السابق فقرة ٣٣٠ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٧ مجموعة ٣٠ ص ١١٣ .

(٤) هذا النص يطابق ما جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٤٨ من التقنين الفرنسى التى أضيفت بقانون أول مارس ١٩١٨ . وقد استلهم المشرع الفرنسى هذا الحكم من القانون البلجيكي الصادر بهذا المعنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ .

(٥) أنظر حكم محكمة باريس ٧ مارس ١٩٤٧ المنشور فى «جازيت دى بالية» ١٩٤٧ القسم الأول ص ٢٢٨ .

. ويتضح مما تقدم أن الوصف القانوني للجزاء الذي قرره المشرع يقترب من عدم النفاذ أو السريان ، فهو أصدق في دلالة من اصطلاح البطلان . ذلك أن القاضى لا يبطل القيد ، وإنما يحكم بجزاء لصالح من أصابه ضرر من إغفال بيان معين أو ذكره على سبيل الخطأ . بل وفي هذا الشأن لا يقضى بذلك الجزاء لمجرد وقوع المخالفة في قائمة القيد ، وإنما يكفي على ضوء الضرر المترتب عليها . وفي هذا النطاق لا يلتزم بتقرير عدم سريان القيد لصالح من يطلب منه ذلك ، بل قد يقع فقط بالجزاء اللازم لرفع الضرر .

وعلى هذا النحو يستند الحكم الوارد في نص المادة ٤١ شهر عقارى إلى القواعد العامة في المسئولية التقصيرية . فيصبح مجرد تطبيق المبدأ الذى جاء فى المادة ١٦٣ من التقنين المدنى والذى يقضى بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض . وتحقق أركان المسئولية فى هذه الصورة الخاصة بنسبة الخطأ إلى الدائن وهو منترض من إغفال ذكر البيان أو الخطأ فيه ، وبوقوع الضرر ويقع على الغير عبء إثباته ، وبتوافر صلة السببية بين الخطأ والضرر . حينئذ يتصدى القاضى لتقرير التعويض ، ويتفاوت قدره بحسب الأحوال . فيكون تارة بعدم سريان القيد فى مواجهة من أصابه الضرر ، وتارة أخرى بإهدار أثره بالقدر اللازم فقط لرفع هذا الضرر ، مثال ذلك أن يرد فى قائمة القيد مبلغ يتجاوز حقيقة الدين ، فلا يكون الرهن سارياً إلا فى حدود المبلغ المستحق أصلاً .

وبذلك يتضح أن التصوير الجديد للجزاء المقرر فى قانون الشهر العقارى ، يختلف عن ذلك الذى كان يطبقه القضاء المصرى والفرنسى قبل تدخل المشرع . فى ظل التفرقة القديمة بين البيانات الجوهرية والثانوية ، كان الأمر يتعلق بحسم مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . وكان الجزاء عاماً يتصل بالنظر إلى قائمة القيد وفحص البيانات واجبة الذكر لتقدير مدى تعلقها بمبدأ تخصيص الرهن والمهدف من الشهر بصفة عامة .

أما الآن وفى ظل التنظيم التشريعى الجديد ، فالجزاء هو مجرد تعويض

يحكم به القاضى لمن يثبت أنه أصيب بضرر من نقص بيان معين أو الخطأ فى ذكره . وهو جزاء مرن يتمدد بقدر الضرر . فتارة يكون بعدم نفاذ القيد ، وتارة أخرى يكون بإهدار أثره فى حدود الضرر ومداه . والقضاء به مسألة موضوعية تخضع لسلطان القاضى يحكمها على ضوء ما يعرض له من وقائع . على أن محكمة النقض لازالت صاحبة الولاية فى التحقق من أن المخالفة بشأن بيان معين قد أفضت إلى إلحاق الضرر بالغير . وبعبارة أخرى لها أن تراقب توافر صلة السببية بين الخطأ والضرر .

ويعاب على هذا التصوير الجديد (١) . أنه لم يعتد بالحرص على وضع تنظيم أمر يكفل سلامة أحكام الشهر ، ويضمن صدق المعلومات التى تحفظ بمكاتب الشهر العقارى ، وهى المرجع الأساسى للدلالة على حالة الائتمان العقارى فى الدولة بصفة عامة . بل وقد يغرى بعدم تحرى الدقة فى ذكر البيانات القانونية فى قائمة القيد ما دام الجزاء المترتب عليها لن يتحرك إلا إذا تمسك الغير به . وأثبت ما أصابه من أضرار . ولا يتخلو هذا الاثبات من الصعوبة فى بعض الأحيان ، الأمر الذى قد يفضى إلى الإبقاء على قوائم قيد غير مستوفية للشروط القانونية ما دام أحد لم يطالب أمام القضاء بعدم سريانها فى مواجهته .

ولعله كان من الأفضل الاستعانة بالمعيار القضائى القديم ، وإخضاعه لتنظيم تشريعى يزيل عنه القلق الذى أصابه فى التطبيق ، وذلك بوضع نص عام يحدد البيانات الجوهرية التى تتصل بمبدأ تخصيص الرهن وتحقيق هدف الشهر ، ويقرر بطلان القيد بحكم القانون إذا ما تخلف بيان منها أو ذكر على سبيل الخطأ . أما البيانات الثانوية التى تتصل بالتنظيم الإدارى لإجراءات الشهر فلا يبطل القيد بسبب نقصها ، إلا إذا أثبت الغير ضرراً لحقه من ذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية (٢) .

(١) أوبرى ورو الجزء الثالث فقرة ٢٧٦ ص ٤٧٧ .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٧٥٢ .

جزاء الخطأ في ذكر المبلغ المدين بقائمة القيد : قدمنا أن البيان المتعلق بقدر الدين المضمون يلعب دوراً هاماً في تحديد نطاق الأفضلية . ولهذا عني قانون تنظيم الشهر العقاري بإفراد حكم خاص به فقررت المادة ٤٢ ما يأتي « يقتصر أثر القيد على المبالغ المدين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيها أقل » . تطبيقاً لحكم هذه المادة إذا كان قدر الدين المضمون يجاوز ما ذكر في قائمة القيد . فالعبرة بالنسبة إلى الغير بما جاء فيها فقط . إنما إذا ذكر في قائمة القيد مبلغاً يزيد عن حقيقة الدين المضمون ، فهنا لا يعتد بما ورد فيها بل العبرة بقيمة الدين الحقيقية .

والمرجع بتقرير الحكم المتقدم أراد حماية الغير من ناحية وذلك بالأخذ بقدر الدين الوارد في قائمة القيد . ولكنه من ناحية أخرى حرص على عدم تحميل العقار بما يجاوز حقيقة الالتزام ، وعلى هذا النحو اعتد بهذه الحقيقة ، حتى ولو جاء ما يخالفها في قائمة القيد .

٦٣ - تحديد معنى الغير في أحكام القيد :

يتحدد معنى الغير في هذا الشأن على ضوء ما يترتب على القيد من آثار (١) . وأثر القيد كما بينا هو تمكين الدائن المرتهن من مباشرة السلطات التي ينحويها الحق العيني التبعي . وهي الأفضلية والتتبع . وبذلك يعتبر من الغير بالنسبة لأحكام القيد كل من يلحقه ضرر من مباشرة الأفضلية أو التتبع (٢) .

وتطبيقاً لهذا المعيار يصدق وصف الغير أولاً على من يسوء مركزه

(١) انظر في هذا الموضوع بصفة خاصة جان ماري اوسيل « دراسة في فكرة الغير في القانون المدني الفرنسي » رسالة إلى كلية حقوق تولوز سنة ١٩٥٢ ص ١١٦ فقرة ١٠١ وما بعدها .

(٢) جان ماري اوسيل المرجع السابق فقرة ١٠١ بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٧٥٨ .

بالأفضلية التي يتمتع بها الدائن المرتهن . فلا يجوز الإحتجاج بالرهن غير المقيد على كل دائن مزود بتأمين عيني خاص على العقار المرهون . مثال ذلك بائع العقار الذي لم يقبض ثمنه ، فهو صاحب حق امتياز على العقار يضمن الوفاء بالثمن ، والدائن الذي تقرر له اختصاص على هذا العقار ، بل وكل دائن اكتسب عليه حق الرهن . اذ يستطيع أى شخص من هؤلاء أن ينكر وجود الرهن غير المقيد ، وأن يتقدم على الدائن صاحب هذا الرهن . ما دام حقه قد تم شهره وفقاً للقانون .

كذلك يعتبر من الغير الدائن العادى للراهن ، لأنه يفاجأ بدائن مرتهن يتميز بالتقدم عليه في استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار المرهون . وغنى عن البيان أن هذه الأفضلية يترتب عليها الإخلال بالقاعدة العامة في المساواة بين الدائنين في سعيهم نحو أموال المدين .

ويلاحظ بالنسبة للدائنين العاديين ، أن أهمية الإحتجاج بعدم إجراء القيد تظهر فقط منذ الفترة التي يمتنع بعدها سريان القيود . ويتحقق ذلك في حالة افلاس الراهن ، أو تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون .

وكما يصدق وصف الغير على من يصيبه الضرر من مباشرة الدائن المرتهن لحق الأفضلية ، فهو يتوافر أيضاً في كل شخص يلحقه هذا الضرر من ممارسة حق التبعية الذي يكفله الرهن .

هكذا يكون من الغير أيضاً حائز العقار المرهون . وهو من يتلقى ملكيته أو أى حق عيني آخر قابل للرهن . ومثال ذلك مشتري العقار ، فهو يعتبر من الغير بالنسبة لأحكام القيد ، لأن الدائن المرتهن يتعقب العقار تحت يده للتنفيذ عليه واستيفاء الدين من ثمن البيع الجبرى . ولا يجوز للدائن هذا التبعية إلا إذا كان الرهن مقيداً في تاريخ سابق على تسجيل عقد البيع الذي اكتسب به الحائز ملكية العقار المرهون .

على ضوء ما تقدم يتحدد معنى الغير بالنسبة لأحكام القيد ، فيشمل كل شخص يضار من حق الأفضلية أو التتبع . ويكفل له تجاهل حق الدائن المرتهن إذا لم يكن مقيداً . ولنا إلى هذا الحكم عودة مفصلة في دراسة التزامم على الأفضلية ، وموقف حائز العقار المرهون (١) .

٦٤ - تجديد القيد :

تنص المادة ٤٣ شهر عقارى على ما يأتى «يسقط القيد إذا لم يجدد في خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه - على أن للدائن أن يجرى قيداً جديداً إن أمكن ذلك قالوناً تكون مرتبته من وقت إجرائه . وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه» .

وجاء في المادة ٤٤ حكم آخر مقتضاه أن «تجديد القيد واجب أثناء الإجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العيني ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضى الحق أو ظهر العقار ، وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر» .

يظهر مما تقدم أن القيد يجب تجديده قبل فوات عشر سنوات من إجرائه ، فإذا لم يتجدد حكم المشرع بسقوطه . وترتد الحكمة من ذلك إلى اعتبارات عملية وأسباب تتعلق بحماية الملكية العقارية .

١ - فاشتراط تجديد القيد يبسر العمل فى الشهر العقارى . ذلك أنه لو استمرت آثار القيد ممتدة من غير تجديد زمنى ، لترتب على ذلك تراكم قوائم القيد ، وإرهاق مكاتب الشهر فى حفظها على نحو يعرضها للخطأ فيما تقدمه للغير من معلومات إذا ما تقدم للاطلاع على الحالة القانونية لعقار من العقارات .

(١) انظر دراستنا المقبلة فى آثار الرهن لتزامم الدائنين على الأفضلية ، ودراستنا لمباشرة التتبع فى مواجهة حائز العقار المرهون .

بل وإن الحكم بسقوط القيد الذي لا يتجدد ، ييسر مهمة الغير في التعرف على الحالة القانونية للعقار ، فهو يقصر جهده على فحص دفاتر الشهر المتعلقة بالعشر سنوات الأخيرة فقط .

على أن هذا الاعتبار المتقدم لا ينهض وحده حجة لتبرير تجديد القيد . ذلك أن المشرع لم يستلزم مثل هذا الإجراء بالنسبة للتسجيل ، وعلى هذا النحو تظل مصلحة الشهر العقاري بالنسبة له مضطرة إلى حفظ دفاتر ومحركات يمتد أثرها إلى تاريخ بعيد ، ولو كانت الحكمة قاصرة على تيسير مهمتها لا شرط المشرع التجديد لامتداد أثر كافة الحقوق العينية دون تمييز بينها .

٢ - ويبدو أن الحكمة الأساسية ترتد إلى حماية الملكية العقارية (١) . فقد يحدث في العمل أن تنقضى الديون المضمونة بالرهن ، ويهمل صاحب الشأن في شطب القيد المتعلق بها . لذلك قضى المشرع أنه بانقضاء فترة معينة حددها بعشر سنوات تسقط كافة التأمينات العقارية الخاصة . وعلى من يرغب في الإبقاء عليها إن كان له في ذلك مصلحة ، أن يبادر بتجديد القيد .

فإذا تم التجديد قبل انقضاء عشر سنوات من إجراء القيد الأصلي ، ظل الرهن محتفظاً بمرتبة القديمة ، وبدأت مدة أخرى من السريان يتعين قبل انقضائها تجديد الرهن إذا لم يكن قد انقضى بسداد الدين المضمون .

وإذا لم يقع التجديد في الموعد المقرر قانوناً سقط القيد وزالت عن الدائن المرتبة التي كان يحتلها . ويجاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا السقوط .

على أن عدم إجراء القيد في مواعده لا يمس الحق العيني المترتب على الرهن . إذ يستطيع الدائن رغم سقوط القيد القديم ، أن يجري قيداً جديداً ، ولكنه لا يكتسب سوى مرتبة جديدة نحتسب من تاريخ إجراء القيد الأخير .

وبلاحظ أن الالتزام الذي أوقعه المشرع على عاتق الدائن المرتهن بتجديد

القيد يظل واجباً حتى ولو حل ميعاده في أثناء اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار

ولكن تنتفي الحكمة من التجديد في حالتين . الأولى إذا انقضى الرهن بصفة عامة ، والثانية بتطهير العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه . لا تثير الحالة الأولى أية صعوبة ، ويقصد بها الصور التي يزول بها الرهن تبعاً لانقضاء الدين . والرهن كما نعلم نظام قانوني تابع في ظل القانون المصري . ومن ثم لا يلتزم الدائن بتجديده إذا ما استوفى حقه ، أو انقضى ذلك الحق بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام . والقول بغير ذلك يؤدي إلى تمكين الدائن من الإبقاء على رهن مستقل أصيل لا يسنده دين يضمنه ، وهو نظام لا يعرفه المشرع المصري كما سنبين بالتفصيل في دراستنا للفصل المخصص لزوال الرهن .

وتعالج الحالة الثانية الصور التي يتحرر فيها العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه ، وتعرف بتطهير العقار . هنا لا يلزم أيضاً تجديد القيد ، إذ يتعلق حق الدائن بالمقابل النقدي للعقار . وبذلك يفقد التجديد الحكمة من تقريره . فهو يهدف إلى تمكين الغير من العلم بأن العقار مثقل بحقوق عينية تبعية ، والتطهير يحره منه . ومن ثم يصير التجديد غير مجد ، بل يتعين عدم إجرائه .

يتم تحرير العقار من الرهون المقررة عليه ، وبالتالي لا يازم التجديد في صورتين . تتحقق الأولى إذا عرض حائز العقار مبلغاً تقديرياً على الدائنين ، وقبل هؤلاء العرض أو فوتوا ميعاد الاعتراض عليه ، ثم قام الحائز بإيداع ذلك المبلغ في خزانة المحكمة أو بدفعه إلى الدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه (م ١٠٧٠ مدني) (١) .

وتتوافر الصورة الأخرى إذا ما بيع العقار بالطرق القانونية المتبعة في

(١) أنظر فيما يلي دراستنا المباشرة التبع وموقف حائز العقار المرهون .

التيوع الجبرية، هنا أيضاً يظهر العقار من الرهن المقرر عليه ويتعلق حق الدائن المرتن بالثمن، ومن ثم لا يلزم تجديد قيد الرهن (١).

(١) تنص المادة ٤٤٤ شبر عقارى على أن « تجديد القيد لا يكون واجبا إذا ظهر العقار وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر » وقد يظهر من نص هذه المادة أن تطهير العقار يتم برسو المزاى فى البيع الجبرى وانقضاء ميعاد زيادة العشر . ولكن تنبى الإشارة فى هذا الشأن أن الحكم الوارد فى م ٤٤ لا يضع قاعدة عامة بشأن تطهير العقار ، وإنما هو يحدد فقط التاريخ الذى لا يلزم بعده تجديد القيد . أما تطهير العقار فيرجع بشأنه إلى نص المادة ١٠٨٤ مدنى ، وإلى ما استقر عليه فقهاء قانون المرافعات . وقد ثار بينهم الخلاف حول الإجراء الذى يظهر العقار . هل يكتفى بتسجيل حكم برسى المزاى ؟ أم يشترط علاوة على ذلك أن يقوم المشتري بوفاء الثمن للدائنين حسب مراتبهم أو إيداعه بخزانة المحكمة طبقاً لما جاء فى المادة ١٠٨٤ من التقنين المدنى التى نصت على أنه إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاى العلنى فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاى أو بدفعه إلى الدائنين الذين تسمح مراتبهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن . راجع بشأن هذا الخلاف الفقهى المتقدم المنفور له محمد حامد فهمى الطبعة الثالثة من كتاب التنفيذ فقرة ٤٤٤ - أحمد أبو الوفا « إجراءات التنفيذ » فقرة ٣٧٣ .

وأياً ما كان الأمر فالخلاف المتقدم لا ينصرف إلى تحديد التاريخ الذى لا يلزم بعده التجديد، إذ يتفق رأى الفقه والقضاء على تطبيق حكم م ٤٤ شبر عقارى ، فلا يكون التجديد واجبا بعد رسو المزاى فى البيع الجبرى وانقضاء ميعاد زيادة العشر . أنظر حكم محكمة النقض ٥ نوفمبر ١٩٥٣ (مجموعة المكتب الفنى بوزارة العدل ١٩٥٤ العدد الأول ص ١٢١) . وقد جاء فيه أن تطهير العقار معلق على قيام الراسى عليه المزاى بأداء الثمن فى أجل استحقاقه ، ومتى أعيدت إجراءات البيع على ذمة المشتري المتخلف بعد رسو المزاى الأول وانقضاء ميعاد زيادة العشر استردت القيود والتسجيلات سيرتها الأولى ولو كان قد مضى عليها أكثر من عشر سنوات . إذ تجديدها خلال هذه الفترة غير لازم وفقاً للمادة ٦٩٤ من القانون المدنى المختلط (وهو حكم يشابه ما جاء فى م ٤٤ شبر عقارى بشأن عدم لزوم التجديد بعد رسو المزاى وفوات ميعاد زيادة العشر) .

وكان القانون الفرنسى يقرر أن تجديد القيد لا يلزم منذ اللحظة التى يحقق فيها القيد أثره القانونى أى حينما ينتقل حق الدائن المرتن من العقار إلى ثمنه . وقد أخذ على هذا الحكم ما يثير من صعوبات عملية . ولذا جاء قانون الشهر الجديد الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ ، فأوجب تجديد القيد ولو انتقل حق الدائن المرتن إلى ثمن العقار بعد بيعه . وقرر أن الدائن لا يعنى من التجديد إلا بإيداع الثمن ، أو أدائه للدائنين . انظر راؤل ميشينييه « النظام الجديد للشهر العقارى وتطبيقه العملى » ص ٦٠ فقرة ١٠٦ .

أنظر أيضاً دراستنا المقبلة لانقضاء التمتع فى الفصل المخصص لآثار الرهن ، وكذلك دراستنا لزوال الرهن بصفة عامة .

غنى عن البيان أن الأحكام المتقدمة بشأن عدم وجوب تجديد القيد تصدق أيضاً على الصورة التي تنزع فيها ملكية العقار للمنفعة العامة تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ . إذ يترتب على ذلك تحرر العقار من كافة الحقوق العينية التبعية المقررة عليه ، وتتعلق حقوق الدائن بالمقابل النقدي الذي يستحق عن نزع الملكية .

مقارنة بين القيد الأصلي وتجديد القيد : يتضح مما تقدم أن هنالك اختلافاً جوهرياً يميز القيد الأصلي ، عن تجديده . فالقيد الأصلي يمنح للدائن المرتبة مرتبة لم تكن له من قبل ، أما التجديد فيتمثل أثره في المحافظة على مرتبة قديمة . ومن ثم فإذا أجرى في الموعد القانوني ، يستمر القيد القديم في ترتيب آثاره خلال عشر سنوات جديدة . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن التجديد إجراء يرمي إلى المحافظة على آثار قيد أصلي (١) .

أما إذا وقع التجديد في موعد متأخر ، أي بعد فوات المدة القانونية لإجرائه ، فهنا تنقطع صلته بالقيد القديم فلا يعتبر استمراراً له . وينتج أثره على أنه قيد جديد يقرر لصاحبه مرتبة لا تحتسب إلا من تاريخ إجرائه . وظاهر ما في ذلك الحكم من أثر خطير على حق الدائن المرتبة ، إذ يتقدم عليه كافة الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة في تاريخ سابق على إجراء التجديد المتأخر ، حتى ولو كان يفضلهم فيما سبق بمقتضى مرتبته القديمة .

وخلاصة القول مما تقدم أن التجديد في الموعد القانوني هو استمرار القيد القديم . أما التجديد المتأخر فهو قيد جديد يعدم آثار ما كان يتمتع

(١) انظر بيدان وفواران جزء ١٤ بند ٩٤٠ وما بعده .

به الدائن المرتهن من أفضلية وتتبع بمقتضى مرتبة السابقة (١) .

ويلاحظ بشأن هذه المقارنة أن التجديد القانوني لا يقتضى اتباع إجراءات القيد الأصلي . ولئن كان المشرع لم ينظم طريقة إجراءاته ، فلعله من الأفضل لصالح الدائن المرتهن أن يعيد ذكر بيانات القيد كاملة . ويجب أن يرد في التجديد ما يفيد صراحة الإشارة إلى القيد الأصلي . وتنبغي الحيلة والحذر بصفة خاصة في بيان تاريخ التجديد ، لأن هذا التاريخ هو الذى يجعله منتجاً لآثاره كإجراء يرمى إلى المحافظة على مرتبة قديمة .

أخيراً وضع المشرع بشأن مصروفات التجديد حكماً مماثلاً لمصروفات القيد الأصلي ، فقضى بأن يتحملها الراهن ، فإن أنفقها الدائن المرتهن أضيفت بحكم القانون إلى المبالغ التى يستوفىها بطريق الأفضلية من المقابل النقدي للعقار «م ١٠٥٥ مدني» . وسنشير إلى هذا الحكم مرة أخرى في دراستنا لنطاق الأفضلية (٢) .

٦٥ — التأشير في هامش القيد :

يعرض بحث هذا الموضوع في مواضع متفرقة من دراسة الرهن الرسمى ، ولذا نكتفى هنا فقط بتجميع صور التأشير على هامش القيد ونحيل في تفصيل أحكامها إلى البحث المخصص لكل منها .

(١) فإذا فرضنا أن القيد الأصل تم أول يناير ١٩٤٥ وجب أن يجرى تحديده في تاريخ لا يتجاوز يوم أول يناير ١٩٥٥ ، وذلك على أساس عدم احتساب اليوم الذى أجرى فيه القيد ، واحتساب اليوم الأخير في انقضاء مدة عشر السنوات على القيد الأصلي . فإذا وقع التجديد في تاريخ لاحق على ذلك بأن تم مثلاً في أول أبريل ١٩٥٥ ، لا تحتسب مرتبة الدائن المرتهن إلا من هذا التاريخ ، ويسبقه في استيفاء حقه كافة الدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم قبل أول أبريل . وإذا كان الراهن قد تصرف في العقار المرهون قبل هذا التاريخ وسجل هذا التصرف ، يصبح التجديد المتأخر عديم الأثر في مواجهة من تلقى ملكية العقار لأنه بمثابة قيد قد ورد على عقار مملوك للغير .

(٢) أنظر فيما يلى دراستنا لآثار الرهن بشأن نطاق الأفضلية .

التأشير على هامش القيد يقصد به إجراء تمكين الغير من العلم بما يطرأ على مصير القيد الأصلي من تغيرات قد تصيبه في بقاءه ، أو في القليل تمنح آثاره إلى دائن آخر غير الدائن الذى تقرر أصلاً لصالحه .

وفي هذا الشأن تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٣ في التقنين المدنى على ما يأتى :- « لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لصالح دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي » .

وتقضى المادة ١٩ شهر عقارى بحكم مماثل وتضيف اليه أنه لا يجوز التمسك قبل الغير كذلك بمحو القيد إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي (١) .

يظهر من النصوص المتقدمة أن إجراء التأشير في هامش القيد قد لا تقل أهميته عن إجراء القيد الأصلي ، لأن إغفاله يترتب عليه تخلف الآثار التى من أجلها استلزمه المشرع .

وتتناول هذه النصوص صوراً متعددة منها ما يتصل بنقل آثار القيد إلى دائن آخر ، ومنها ما يتعلق بإزالة القيد الأصلي عن طريق المحو أو الشطب ، ونبينها فيما يلى على النحو الآتى :-

(١) فتناول هنا فقط صور التأشير في هامش القيد الأصلي ، فلا نعالج التأشيرات الهامشية بصفة عامة ، ومنها ما سبق ذكره في دراسة الرهن الصادر من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعى ، وقد بينا بشأنه أن التأشير على هامش المحرر المسجل الذى تلقى الراهن الملكية بمقتضاه برفع دعوى الطعن فيه ، ينشئ حسن النية عن الدائن المرتهن الذى تقرر رهنه بعد هذا التأشير . أنظر ما تقدم فقرة ٤٧ .

كذلك أيضاً سنبين في دراسة الرهن الحيازى العقارى أن بقاء حيازة العقار المرهون تحت يد الراهن بصفته مؤجراً إذا تم بعد عقد الرهن لا يسرى في مواجهة الغير إلا إذا أشر بالإيجار على هامش القيد . أنظر ما يلى في دراسة الحيازة كشرط لسريان الرهن الحيازى على الغير .

١ - إذا نقل الدائن المرتهن الالتزام المضمون بالرهن إلى دائن آخر عن طريق حوالة الحق ، فالقاعدة أن هذه الحوالة تضمن هذا الالتزام بما كان يكفله من تأمينات (م ٣٠٧ من التقنين المدني) . فإذا كان أحد هذه التأمينات رهناً رسمياً ، لا يجوز التمسك به في مواجهة الغير إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلي بهذه الحوالة ، وهنا تظهر مصلحة الدائن المحال إليه في التعجيل بهذا الإجراء (١) . ويسرى الحكم المتقدم إذا كان الدائن المحيل قد رهن الدين لصالح أحد دائنيه ، فإذا كان الدين مضموناً برهن رسمي ، وجب على الدائن الذي تلقى الدين على سبيل الرهن أن يوثق بذلك على هامش قيد الرهن الرسمي (٢) .

٢ - استلزم المشرع الحكم متقدماً الذكر في صورة قريبة من الأولى ، وتحقيقاً بطريق الوفاء مع الحلول . فهنا نجد أن الدائن الذي أوفى بالدين قد يحل حلولاً قانونياً أو اتفاقياً محل الدائن الأصلي (م ٣٢٩ من التقنين المدني) . ويمتد هذا الحل إلى التأمينات الضامنة للوفاء بالالتزام . فإذا كان من بينها رهن رسمي ، تعين أيضاً على الموفى أن يوثق على هامش القيد الأصلي بما يفيد حله مكان الدائن المرتهن .

٣ - تتناول الصورة الثالثة حكماً ورد في المادة ١٠٥٩ ويقضى بما يأتي : «للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن

(١) ويلاحظ في هذا الشأن أن انتقال الالتزام قد يكون سلبياً بمعنى أن تتم حوالة الدين من المدين إلى مدين آخر . وقد نصت م ٣١٨ على انتقال التأمينات العينية الضامنة للوفاء بالدين . وعلى هذا النحو فإذا كان المدين الأصلي قد قرر رهناً رسمياً للدائن على أحد عقاراته ، يظل هذا الرهن قائماً وينبغي القول أيضاً بوجوب التأشير على هامش القيد الأصلي بما يفيد تحويل الدين ويصبح المدين الأصلي وهو المحيل في مركز الكفيل العيني ، لأنه يظل ضامناً للوفاء بالالتزام انتقل إلى الغير ، وذلك في حدود قيمة العقار المرهون .

(٢) وهذا هو ما تعنيه م ١٩ شهر عقارى بقولها « لا يصح التمسك قبل الغير برهن حق مضمون بقيد إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلي . » أنظر ما سيأتى بشأن دراسة رهن الديون في باب الرهن الحيازي .

لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . مفاد هذا الحكم أن التنازل عن مرتبة الرهن لصالح دائن مرتين آخر لنفس العقار لا يجوز الاحتجاج به على الغير . إلا إذا أفصح عنه بالتأشير على هامش القيد الذى يخول للدائن المتنازل مرتبة مفضلة .. ولنا إلى هذا الحد عودة مفصلة فى دراسة آثار الرهن الرسمى (١) .

٤ — أخيراً قد يعرض من الأسباب القانونية ما يقضى بشطب القيد وإزالة آثاره ، وهنا استلزم المشرع أيضاً فى م ١٩ شهر عقارى أن يتم هذا الشطب بالتأشير به على هامش القيد الأصيل . ولما كان هذا الحكم يتميز بأهمية خاصة بالنسبة إلى مصير الرهن أو فى القليل المرتبة التى يحتلها الدائن المرتين ، فسنفرد له بحثاً مستقلاً بعد الفراغ من بيان الطريقة التى رسمها المشرع لإجراء التأشير الهامشية .

نص قانون الشهر العقارى فى المادة ٣٧ على أن الطلبات الخاصة بالتأشير الهامشى تقدم إلى مكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه . وتطبيقاً لهذا الحكم يجب على صاحب المصلحة فى التعديل من آثار قيد الرهن الرسمى أو إلزالتها أن يتوجه إلى مكتب الشهر الذى تم فيه قيد الرهن . ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع أعفى من يطلب إجراء تأشير هامشى من المرحلة التمهيدية التى استلزمها فى شهر المحررات (٢) ، واكتفى فقط بالمرحلة الثانية وحدها . ذلك أن التأشير يتعلق بمحرر سبق شهره . ولكنه أجاز لمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى المأمورية المختصة إن اقتضت الحال ذلك (٣) وقد أوجب المشرع أن يتضمن طلب التأشير بيانات خاصة ورد ذكرها فى الفقرة الثانية من المادة ٣٧ على النحو الآتى :-

(١) أنظر ما يلى فى دراسة الاتفاقات المتعلقة بالأفضلية فى الفصل المخصص لآثار الرهن الرسمى .
(٢) راجع ما تقدم فى بيان الخطوات التى يجب اتباعها فى قيد الرهن فقرة ٥٩ .
(٣) المادة ٣٧ من شهر عقارى - راجع أيضاً المذكرة الإيضاحية للقانون بند ٣٩ .

١ - اسم الطالب ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته . وهو في هذا الشأن قد يكون الدائن المحال إليه في صورة حوالة الحق ، أو الدائن الموفى في صورة الوفاء مع الحلول ، أو الدائن الذي تلقى مرتبة من دائن مرتبهن آخر لنفس العقار . وقد يكون أيضاً صاحب المصلحة في طلب محو القيد ، وهو الراهن في الغالب من الأمر على النحو الذي سنبينه في بحث شطب القيد .

٢ - بيان نوع المحرر المراد التأشير على هامشه . والمقصود بهذا البيان هو عقد الرهن الرسمي الذي أشهر من قبل عن طريق القيد . ويجب هنا ذكر تاريخ ورقم الشهر حتى يتيسر الرجوع إليه .

٣ - السند الذي يبيح التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التي صدر عنها وأسماء ذوي الشأن فيها .

وغاية هذا البيان أن يقدم طالب التأشير سنداً يثبت توافر السبب القانوني لإجراء هذا التأشير ، كأن يقدم الدائن المحال إليه بحق مضمون برهن الورقة المثبتة لحوالة الحق ، أو يبرز الدائن الموفى مخالصة الوفاء وما يثبت أنه قد حل محل الدائن بمقتضى حلول قانوني أو اتفاق . فإذا كان التأشير بشأن تنازل عن مرتبة ، فعلى من تلقاها أن يرفق طلبه بسند هذا التنازل . وأخيراً لو تعلق الأمر بمحو القيد فلا بد من إقامة الدليل على السبب القانوني لهذا المحو ، وهو قد يكون اختيارياً أو قضائياً كما سيتضح من دراسته .

ويقدم الطلب إلى مكتب الشهر (١) ، ويدرج في دفتر معد لهذه الطلبات ، ويأخذ رقماً متتابعاً يفيد أسبقيته مع ذكر تاريخ اليوم والساعة وما تم بشأن الطلب (م ٢٢ من اللائحة التنفيذية) .

فإذا تحقق المكتب من استيفائه للشروط القانونية (٢) . أثبت التأشير في هامش قيد الرهن الرسمي أو في ورقة تلحق به . ويشتمل التأشير على كافة

(١) أنظر المادة ٢٢ وما بعدها من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري .

(٢) وقد بينت المواد ٣٨ وما بعدها ما يتبع بشأن الطلبات التي ينقصها استيفاء البيانات القانونية .

البيانات التي سبق ذكرها . وعلى بيان تاريخه والساعة التي تم فيها (١) .

٦٦- شطب قيد الرهن أو محو القيد :

القيد إجراء شكلي استلزمه المشرع للاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير وتمكينه من العلم بأن العقار ملكيته غير خالصة ، ولكنها مثقلة بحق عيني تبعى لصالح الدائن المرتهن .

فاذا ما طرأت أسباب تجعل بقاء القيد غير معبر عن الحقيقة ، وجب اتخاذ إجراء يزيله . ويتحقق ذلك بشطب القيد أو محوه الذي وردت أحكامه في المواد ٤٥ ، ٤٦ من قانون تنظيم الشهر العقاري .

صور شطب القيد : تعرض الأحوال التي تؤدي إلى شطب القيد في فروض

فقضت م ٣٨ بأنه إذ اتبين أمين مكتب الشهر « أن طلب التأشير الهامشي لم يستوف ما يلزم لإجرائه من البيانات أبلغ الطالب أوجه النقص بمقتضى كتاب موسى عليه مصحوب باخطار وصول ، ويعين في هذا الكتاب أجل لتلافي هذه الأوجه لا يجاوز شهراً ، فإذا انقضى الأجل دون استيفاء الطلب أشر عليه الأمين بالحفظ مع إبداء الأسباب وأبلغ الطالب ذلك بكتاب موسى عليه مصحوب باخطار وصول . ولمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين الشهر في خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه رفع الأمر إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الابتدائية التي يقع مكتب الشهر بدائرتها ، ويصدر القاضي قراره على وجه السرعة تبعاً لتحقيق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير . ولا يجوز الطعن في القرارات التي تصدر على هذا الوجه بأي طريق (م ٣٩) . وأضافت المادة ٤٠ عدم جواز إجراء أى تأشير هامشي بمقتضى طلب لاحق من شأنه الإخلال بحق طالب التأشير إلا بعد انقضاء الميعاد المعين في المادة السابقة أو الفصل في تظلمة على الوجه المبين فيها .

(١) يجب على مكتب الشهر أن يوافق المكتب الرئيسي بصورة من التأشيرات الهامشية في نهاية كل شهر مع بيان رقم وتاريخ شهر المحررات المتعلقة بها . ويقوم المكتب الرئيسي بحفظ هذه الصور بعد أن تدرج التأشيرات الواردة بها في هامش صور المحررات أو في ورقة تلحق بهذه الصور (م ٢٤ من اللائحة التنفيذية) . وظاهر أن هذه الإجراءات التي تتصل بالتنظيم الداخلي للعمل بمكاتب الشهر العقاري تهدف إلى تيسير الاطلاع على قيد المحررات المقيدة وما يلحقها من تأشيرات .

متعددة . منها ما يتعلق بالرهن في ذاته ، ومنها ما يقتصر فقط على القيد ، وأخيراً قد تتصل بمصير الدين المضمون الذي يلحق الرهن بطريقة تبعية .

١ - فإذا زال الرهن بصفة أصلية فقد القيد الحكمة من تقريره . مثال ذلك أن يكون باطلاً أو يقضى بإبطاله ، أو يحكم القاضي بفسخ العقد لتوافر سبب يبرره ، أو يرد الرهن على عقار مملوك للغير فيطلب مالكه شطب القيد . في كل هذه الفروض يعتبر بقاء القيد غير معبر عن الحقيقة ومن ثم يجب شطبه .

٢ - وقد يبقى الرهن كما هو ، ولكن يتنازل الدائن المرتهن عن المرتبة المقررة له بالقيد . والتنازل المقصود هنا هو الذي يتم لصالح المدين ، تمكيناً له من تدعيم إثمائه بإزالة القيد وذلك مقابل تعهده مثلاً بوفاء الدين في أجل قريب . ويترتب على الشطب هنا إزالة القيد فقط ، ولكن الرهن يظل باقياً ، ويجوز إجراء قيد جديد بمقتضاه تحتسب مرتبته من وقت إجراءاته .

٣ - أخيراً قد ينقضى الدين المضمون ، فينعكس ذلك على مصير الرهن بطريقة تبعية فيزيله (١) ، ومن ثم يتعين القول بإجراء شطب القيد أيضاً .

في كل هذه الصور المتقدمة يزول القيد بشطبه فتتخلف تبعاً لذلك كافة الآثار التي ترتبت عليه في مواجهة الغير . ويتم المحو بالطريقة التي بينها في إجراء التأشيرات الهامشية بصفة عامة أمام مكتب الشهر الذي اختص بإجراء القيد ذاته (٢) . وتكون مصاريف المحو على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك (م ١٠٥٥ ملني) .

السند القانوني للشطب : نصت المادة ٤٥ شهر عقارى على أنه «لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضا الدائن بتقرير رسمى منه» . ويستفاد

(١) أنظر فيما يلى دراستنا لزوال الرهن الرسمى في الفصل المخصص لذلك .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٦٥ .

من هذا النص أن الشهر العقاري لا يلتزم بالتأشير بالمحو إلا إذا أرفق المطلب بسند إرادى يعبر عن رضا الدائن المرتهن ، أو سند قضائى يفيد الحكم بإجرائه.

المحور الإرادى : يتم برضاء الدائن فى تقرير رسمى . ويلزم لوقوعه صحيحاً أن تتوافر فيه شروط موضوعية . و شرط شكلى يتعلق بوسيلة التعبير عن الرضاء .

فيلزم أولاً أن يكون الرضاء بالمحو أو بالشطب صادراً عن إرادة واعية خالية مما يشوبها من عيوب الرضاء . وذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى شروط الاعتداد بالتعبير عن الإرادة . وتنبغى الإشارة بشأن الأهلية إلى أن المحو المترتب على التنازل عن الرهن أو القيد فقط . يسىء إلى مركز الدائن المرتهن فهو يفقده ضماناً عقارىاً خاصاً ، ولذا يجب أن تتوافر فى الدائن أو نائبه القانونى الأهلية أو السلطة اللازمة للتصرف فى العقار (١) .

ويجب إذا ما توافرت الشروط الموضوعية التى تتصل بالرضاء ، أن يكون التعبير عن إرادة الدائن فى تقرير رسمى (٢) . ويلاحظ هنا أنه لا يلزم بطبيعة الحال أن يقترن هذا التعبير برضاء المدين أو الراهن ، لأن المحو الإرادى هو تعبير منفرد عن إرادة الدائن .

المحور القضائى : ويستعان به للتغلب على عصيان الدائن المرتهن فى الرضاء بمحو توافرت أسبابه . حينئذ يحق لذى المصلحة أن يلجأ للقاضى يسأله الحكم بمحو القيد ، ويسند دعواه بما يبررها وذلك بإقامة الدليل على أن بقاء القيد

(١) أنظر ما سبق بيانه بشأن الشروط الواجب توافرها فى أهلية الراهن وسلطة وليه أو وصيه فقرة ٣٩ . وراجع أيضاً بودان وفواران ص ٦١٤ جزء ١٤ حيث يرى أن التنازل عن الرهن إذا كان بلا مقابل لزم إخضاعه لأحكام الأهلية والولاية اللازمة فى أعمال التبرع .

(٢) يكتفى فى حالة الرهن العقارى وحقوق الامتياز العقارية الخاصة التى تخضع للقيد بإقرار عرقى مصدق فيه على التوقيع (م ٤٥ شهر عقارى) .

أصبح غير معبر عن الحقيقة . ويكون ذلك بصفة خاصة إذا مازال الرهن لبطلانه أو فسخه . أو انقضى الدين الذى يضمته بأى سبب من أسباب الانقضاء (١) .

وينجوز لكل ذى مصلحة أن يسعى للقضاء لاستصدار حكم بشطب الرهن ، وتتوافر بصفة خاصة لاراهن وخلفه الخاص كالدائن المرتهن للعقار أو مشتريه . بل وتتحقق أيضاً بالنسبة للدائنين العاديين لأن بقضاء الأفضلية المقررة بالقيود يهدر قاعدة المساواة بينهم .

(١) وقد يلجأ المدين إلى القضاء لاستصدار حكم بالحو إذا كان مزودا بوعده من الدائن بالتنازل عن الرهن أو القيد ، وكان هذا الوعد غير صالح للتقدم به إلى الشهر العقارى لعدم إفراغه فى ورقة رسمية « أنظر فى هذا رأى بيدان وفواران جزء ١٤ ص ٦٢٧ » .

كذلك تنبئ الإشارة هنا إلى ما جاء فى تقنين المرافعات بشأن توزيع ثمن العقار بين الدائنين (انظر المواد ٧٥٨ وما بعدها) ويعنينا بشأنه ما يتعلق بشطب القيود . قرر المشرع أن القاضى يعد قائمة مؤقتة للتوزيع ، وعلى ضوءها يدعى جميع الدائنين أصحاب الشأن للاتفاق على تسوية ودية ، فإذا تمت التسوية يعد القاضى قائمة التوزيع النهائية ، وإذا تخلف جميع ذوى الشأن اعتبر القاضى القائمة المؤقتة انتهائية . وفى كلتا الحالتين يأمر القاضى بشطب القيود الخاصة بالديون التى لم يدر كها التوزيع (م ٧٦٨) . ويؤخذ من الدائن عند قبضه ما يستحقه فى التوزيع إقرار بشطب ماله من قيود . وتشطب القيود الخاصة بالحقوق التى لم يدر كها التوزيع بناء على طلب الراسى عليه المزايد بمجرد تقديمه الأمر الصادر من القاضى بشطبها (م ٧٧٠) . على أن الأمر الصادر بشطب القيود الخاصة بالحقوق التى لم يدر كها التوزيع لا يحول دون قبض الدائنين ما يستحقون من ثمن العقار بحسب مراتبهم إذا استوفى الدائنون المتقدمون عليهم حقوقهم من غير هذا الثمن (م ٧٧١) . يستفاد من أحكام النصوص المتقدمة أن شطب قيد الرهن يرد فى مرحلة توزيع ثمن العقار الذى بيع بالطريقة الجبرية بالنسبة إلى طائفتين من الدائنين : -

١ - الدائن الذى لم تسمح له مرتبته بالحصول على نصيب فى التوزيع . ويتم شطب القيد بناء على طلب الراسى عليه المزايد بمجرد تقديم أمر القاضى بشطبه . على أن ذلك لا يحرم الدائن من استرداد مرتبته واستيفاء حقه من الثمن ، إذا حصل الدائنون المتقدمون فى المرتبة على حقوقهم بطريق آخر .

٢ - الدائن الذى يستحق نصيباً فى ثمن العقار بمقتضى قائمة التوزيع النهائية لا يتلقى حقه إلا إذا قدم إقراراً بشطب قيده . ويتم الشطب بمقتضى هذا الإقرار .

وقد أعاد مشروع توحيد قانون المرافعات فى الجمهورية العربية المتحدة النص على المواد المتقدمة دون تعديل .

ولا تتوافر للسند القضائي صلاحيته لإجراء المحو بالشهر العقاري إلا إذا أصبح الحكم نهائياً غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية . ويستفاد ذلك صراحة من نص المادة ٤٥ شهر عقارى . أما إذا كان الحكم قابلاً للطعن بالطرق غير العادية وهي النقض والتماس إعادة النظر . فلا يحول ذلك دون التأشير على هامش القيد بشطبه . فإذا ألغى حكم المحو بإحدى هذه الطرق . جاز إزالة الشطب على النحو الذى سنبينه فيما يلى .

٦٧- إزالة الشطب - ما يترتب عليها من آثار :

قد يشطب القيد كما قدمنا بتوافر سند قانونى يستمد من إرادة الدائن أو حكم القضاء . على أنه يحدث فى العمل أن يزول هذا السند . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان تعبير الدائن عن إرادته مشوباً بعيب فى الرضاء أو نقص فى الأهلية وقضى بإبطاله . أو كان الحكم النهائى الصادر بشطب القيد يحوز الطعن فيه بالنقض أو إلتماس إعادة النظر ، وبإشره صاحب المصلحة وقبل هذا الطعن .

حينئذ يتخلف السند القانونى الذى شطب القيد من أجله . وتتعين إزالة الشطب . ويتحقق ذلك بحكم نهائى يقضى بإزالة الشطب الذى وقع على سبيل الخطأ ، وتتم الإزالة بالتأشير على هامش القيد بما يفيد إلغاء الشطب .

هنا تعرض فوراً مشكلة دقيقة تتصل بتحديد المرتبة التى يحتلها الدائن المرتين . هل يترتب على إزالة الشطب عودة المرتبة الأولى التى كان يكفلها القيد المشطوب ؟ القول بذلك على إطلاقه ينكر مصلحة من اكتسب على العقار حقاً عينياً فى الفترة اللاحقة للشطب . إذ أنه تعامل مع مالك العقار وهو مطمئن إلى زوال المرتبة التى كان يحتلها الدائن المرتين ، وقد استمد هذه الطمأنينة من إشارة رسمية تمثلت فى التأشير على هامش القيد بما يفيد شطبه .

كان من العسير على القضاء أن ينفرد بإيجاد حل يحسم هذا الموضع

الدقيق . ولهذا عني المشرع في قانون تنظيم الشهر العقاري بتقرير حكم استمده
مما استقر عليه الحال في القضاء الفرنسي (١) .

يستهدف هذا الحكم حماية الثمة المشروعة في البيانات التي يتاح للأفراد
الاطلاع عليها في مصلحة الشهر العقاري . ولكنه يحرص في الوقت ذاته على
تمكين الدائن المرتهن من احتلال مرتبته التي كانت مقررة بالقيود المشطوب .
مادام ذلك لا يهدر مصلحة من وضع ثقته في هذا الشطب . واقبل على التعامل
مع الراهن على هذا النحو .

تلك هي الأسس التي تسند حكم المادة ٤٦ شهر عقارى وهذا هو نصها
«إذا ألغى المحو عادت للقيود مرتبته الأصلية ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر
رجعى بالنسبة إلى القيود والتسجيلات التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء.

القاعدة العامة إذن أن إزالة الشطب ترتب أثراً رجعياً . فيسترد الدائن
المرتهن مرتبته القديمة . ولكن بشرط عدم الإضرار بمن اكتسب حقاً عينياً
على العقار في الفترة التي تقع بين الشطب وإلغائه .

فاذا كان الراهن قد باع العقار خلال هذه الفترة وتم تسجيل التصرف ،
خلصت ملكيته إلى المشتري ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه في مواجهته .

وإذا لم يكن الراهن قد تصرف في العقار . ولكن قرر عليه رهناً لصالح
أحد دائنيه ، فهنا أيضاً لا يترتب على ظهور القيد القديم أثر بالنسبة له لأنه
تعامل مع المالك في وقت لم يكن فيه هذا القيد قائماً .

يظهر إذن مما تقدم أن إزالة الشطب ترد إلى الدائن المرتهن مرتبته القديمة
بأثر رجعى . فيسرى حقه في مواجهة من ارتهن العقار في تاريخ لاحق عليها
وقبل شطب القيد . ولكن لا يحتج به بالنسبة إلى الدائن الذي اكتسب رهناً في
الفترة التي تقع بين شطب القيد وإزالته . ولعله من الأفق أن نستعين على إيضاح

هذا التزام بمثال عملي يبين طريقة تطبيق الحكم الذي أخذ به القانون .
نفرض أن «أ» دائن بمبلغ ألفين وقيده رهنه في سنة ١٩٥٠ ، وقيده «ب»
وهو دائن بثلاثة آلاف رهنه في سنة ١٩٥١ . وشطب قيده «أ» في سنة ١٩٥٢ ،
وقيده «ج» وهو دائن بألفين رهنه في سنة ١٩٥٣ ، ثم أزيل شطب القيد في
سنة ١٩٥٤ . إذ تم بيع العقار بثمن قدره أربعة آلاف . يكون التوزيع على
النحو الآتي :-

١ - لو أطلقنا فكرة الأثر الرجعي لإزالة الشطب لترتب على ذلك أن
«أ» يحصل على مبلغ ألفين ، «ب» على ألفين أيضاً ، ولا يتبقى أى نصيب من
الثمن للدائن الثالث وهو «ج» .

٢ - ولذلك قضى القانون بالحد من الأثر الرجعي . وعدم سريانه في
مواجهة من تعامل مع المدين على أساس شطب القيد . تطبيقاً لذلك الحكم
ينتزع من نصيب «أ» قدر ما يماثل ما كان يحصل عليه «ج» في حالة عدم إزالة
الشطب . فيأخذ «ج» مبلغ ألف وهو النصيب الذي يستحقه باعتبار أن «ب»
فقط هو الذي يتقدم عليه .

٣ - وهكذا يصبح التوزيع النهائي على النحو الآتي : يأخذ «أ» مبلغ
ألف ، ويأخذ «ب» مبلغ ألفين ، ويختص «ج» بمبلغ ألف . وبذلك يستقيم
تطبيق القانون فلا يسيء ظهور القيد مرة أخرى إلى دائن تعامل مع المدين على
أساس شطبه (١) .

(١) استعنا بهذا المثال البسيط لايضاح حكم القانون فقط ، على أن التطبيق العملي قد يفضى
إلى بعض صعوبات حسابية لايعيننا التفصيل بشأنها فالعبرة دائماً بالحد من الأثر الرجعي لصالح
الدائن الذي تعامل مع المدين باعتبار أن القيد مشطوب . ولذلك ينتزع دائماً في التوزيع النهائي نصيبه
الذي يحصل عليه من حصة الدائن الذي ظهر قيده مرة أخرى باعتبار أن هذا القيد لا يسرى في مواجهته .
انظر في التطبيق العملي لهذا الميعار بودان ونواران جزء ١٤ ص ٥٧٤ - - عبد الفتاح عبد الباقي
ص ٣٨٩ .

٦٨- الاموال التي لا يترتب فيها القيد آثاره :

بينما في كل ما تقدم أحكام القيد وما يترتب عليه من آثار . وينبغي الآن أن نبين الأحوال التي تتخلف فيها آثار القيد ، فلا يسرى على الغير حتى ولو تم إجراؤه .

١ - تسجيل تنبيه نزع الملكية : نصت المادة ٦١٦ من تقنين المرافعات على ما يأتي : «لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز في العقار ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ ولا الراسي عليه المزداد إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية .

ومع ذلك ينفذ التصرف أو الرهن أو الاختصاص المشار إليه إذا قام ذوو الشأن قبل اليوم المحدد للبيع بإيداع مبلغ يكفى للوفاء بأصل الديون والفوائد والمصاريف التي للحائزين والدائنين المشار إليهم ، سواء حلت ديونهم أو لم تحل . مع إعلانهم جميعاً بالإيداع . وتكون هذه المبالغ مخصصة لوفاء ديون من ذكروا دون غيرهم من الدائنين . فإن لم يحصل الإيداع قبل إيقاع البيع فلا يجوز لأى سبب منح ميعاد للقيام به» (١) .

يستفاد من النص المتقدم أنه لا يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية بطلان تصرف المدين في العقار ، أو رهنه أو تقرير حقوق عينية أخرى عليه .

ولكن أى تصرف يعقده المدين ، ويأخذ حكمه الرهن وكافة الحقوق العينية التبعية الخاضعة للشهر ، لا يسرى في مواجهة طائفة معينة من الأشخاص إذا لم يكن تم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

(١) يقابلها المادة ٦١١ من مشروع توحيد قانون المرافعات في الجمهورية العربية المتحدة . وقد بقيت على أصلها دون تعديل . وكذلك الحال بالنسبة للمادة ٦٣٧ التي يقابلها المادة ٦٣٣ من المشروع سالف الذكر .

وقد حسمت المادة ٦١٦ خلافاً قديماً حول تحديد هؤلاء الأشخاص .
وينصرف حكمها إلى الدائنين الحاجزين ولو كانوا مجرد دائنين عاديين ،
والدائنين المشار إليهم في م ٦٣٧ من تقنين المرافعات ، والراسى عليه المزاد .
أما الحاجز فهو كل دائن أعلن المدين بتنبيه نزع الملكية وسجله . وأما
الدائنون المشار إليهم في م ٦٣٧ فيقصد بهم أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل
التنبيه . الذين يصبحون طرفاً في إجراءات التنفيذ بحكم القانون من اليوم
الذي يتم فيه التأشير على هامش تسجيل التنبيه بحصول إخبار ذوى الشأن
بإيداع قائمة شروط البيع (١) .

كذلك أيضاً لا يسرى الرهن الذى تم قيده بعد تسجيل التنبيه في مواجهة
الراسى عليه المزاد . وقد استحدثت تقنين المرافعات هذا الحكم باعتبار أن
تحميل العقار بحقوق جديدة يصرف الراغب في شرائه عن الإقبال عليه ،
أو في القليل يبخس ثمنه . وبذلك أراد المشرع أن يحدد من الحقوق المقررة
على العقار بعدم إضافة دائنين من أصحاب الحقوق المفضلة حتى يتيسر بيعه

(١) يقوم مباشرة إجراءات التنفيذ بإيداع قائمة شروط البيع في قلم كتاب محكمة التنفيذ بعد
تسجيل التنبيه بمدة لا تقل عن تسعين يوماً (م ٦٣٠ مرافعات) . ويتولى قلم كتاب المحكمة إعلان
هذا الإيداع إلى المدين وحائز العقار (إن وجد) والدائنين الذين سجلوا تنبياتهم والدائنين أصحاب
الرهن الحيازية والرسمية وحقوق الاختصاص والامتياز الذين قيدوا حقوقهم قبل تسجيل التنبيه
(م ٦٣٢) . ويلتزم المحضر بإخطار مكتب الشهر أنه قام بهذا الإعلان ، خلال ثمانية أيام من
تاريخ حصوله ، ويفوم موظف الشهر المختص بعد الاطلاع على أصل الاعلان بالتوقيع عليه بما يفيد
علمه بأن المحضر قد أخبر به ذوى الشأن . حينئذ يؤشر بذلك على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية
(م ٦٣٦) . ويسمى هذا الاجراء بالتأشير بورقة الاخبار . ومنذ هذه اللحظة يعتبر جميع الدائنين
المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه ، وجميع من سجلوا تنبياتهم طرفاً في إجراءات التنفيذ على
العقار . هؤلاء هم الذين لا تسرى في مواجهتهم الحقوق العينية التي يتم شهرها بعد تسجيل التنبيه .

ويراعى أن مشروع توحيد قانون المرافعات في الجمهورية العربية المتحدة رأى عدم
الابقاء على الميعاد المذكور في المادة ٦٣٠ بشأن ايداع قائمة شروط البيع . وذلك حتى
يمكن مباشر الاجراءات من ايداع القائمة عقب تسجيل التنبيه مباشرة (م ٦٢٦ من المشروع)
كما أضاف أيضاً النص المقابل للمادة ٦٣٢ عبارة « الكفيل العيني ان كان » (م
٦٢٨ من المشروع) ، وذلك تمشياً مع اتجه اليه من وجوب توجيه الاجراءات إلى الكفيل
العيني .

أما المادة ٦٣٦ فبقيت على ما هي عليه ويقابها المادة ٦٣٢ من المشروع .

بشأن مناسب . وهنا يبدو أن الحكم بعدم سريان الرهن المقيّد بعد تسجيل التنبية في مواجهة الراسى عليه المزاى ، روى فيه بصفة خاصة مصلحة الدائنين الذى تعلقت حقوقهم بالعقار فى فترة سابقة (١) .

على أن الأحكام المتقدمة لا ينبغى الأخذ بها على إطلاقها . ذلك أن الرهن المقيّد فى تاريخ لاحق على تسجيل التنبية يترتب آثاره إذا لم يتمسك بعدم نفاذه من تقرر ذلك لمصلحته . أو إذا انتهى أثر الحجز بسقوط تسجيل تنبيه نزع الملكية .

قرر المشرع أيضاً فى الفقرة الثانية من المادة ٦١٦ مرافعات أن الحق الذى يشهر بعد تسجيل التنبية يجوز نفاذه إذا أودع صاحبه قبل اليوم المحدد للبيع مبلغاً يكفى لسداد ديون أصحاب الحق فى التمسك بعدم النفاذ .

وغنى عن البيان أن حق الدائن المرتهن يسرى أيضاً فى مواجهة كل من تنتفى مصلحته فى الاحتجاج بعدم سريانه . ويصدق هذا الوصف على كل دائن عادى لا يعتبر طرفاً فى إجراءات التنفيذ لعدم مساهمته فيها ، وكل دائن مزود بتأمين عيى خاص تم شهره فى تاريخ لاحق على قيد الرهن (١) .

نخلص مما سبق أن القيد لا يترتب آثاره القانونية إذا تم بعد تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار . ولكن هذا الحكم غير مطلق التطبيق . بل يتقيد من حيث الأشخاص ، فيقتصر عدم سريان القيد على طائفة معينة سبق بيانها . بل وفى هذا النطاق قد ينطلق أثر القيد بتنازل صاحب المصلحة ، أو باستيفاء حقه من

(١) أنظر المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى فقرة ٣٤٥ . ويلاحظ فى الواقع أن المستفيد بصفة خاصة من عدم سريان الرهن هو كل دائن عادى يعتبر طرفاً فى إجراءات التنفيذ لأن نفاذ الرهن يحده من فرصته فى الحصول على حقه ، باعتبار أن الدائن المرتهن يتقدم عليه فى توزيع ثمن العقار .

(٢) تنبغى الإشارة إلى أن ما عرضناه من أحكام بشأن الرهن المقيّد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية يصدق على حق الاختصاص وحقوق الامتياز العقارية الخاصة التى تخضع للشهر . راجع محمد حامد فهمى المرجع السابق بند ٣٤٣ - أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ بند ٢٩٤ .

الدائن المرتهن على الوجه المتقدم بيانه ، أو بزوال سبب المنع من السريان وذلك بسقوط تسجيل تنبيه نزع الملكية .

٢ - شهر إفلاس المدين التاجر : تنص المادة ٢٣١ تجارى فى فقرتها الأولى على ما يأتى «حقوق الامتياز والرهن العقارى المكتسبة من المفلس على الوجه المرعى قانوناً يجوز تسجيلها (قيدها) إلى يوم صدور الحكم بإشهار إفلاسه (١) » .

يستفاد من هذا النص أن الرهن الرسمى ، وبأخذ حكمه الرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز العقارية الخاصة (٢) ، الذى يقيد بعد الحكم بشهر إفلاس المدين التاجر لا ينفذ فى مواجهة جماعة الدائنين . ولا سبيل للدائن سوى أن يشترك فى التفليسة بوصفه دائناً عادياً .

اختلف فقهاء القانون التجارى فى تأصيل هذا الحكم . فذهب فريق منهم إلى القول بأنه نتيجة لغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها . واتجه رأى آخر إلى أن عدم سريان القيد بعد الحكم بشهر الإفلاس أساسه أن جماعة الدائنين تعتبر من الغير ، ويثبت لها ابتداء من هذا التاريخ حق عيى على جميع أموال المدين منقولة كانت أو عقارية . وبذلك لا تسرى فى مواجهتها الحقوق التى لم تشهر قبل ذلك (٣) . وأياً ما كان الأمر بشأن هذا الخلاف

(١) أشارت إلى هذا الحكم المادة ١٠٥٣ من التقنين التى تقر بأن الرهن لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة فى الإفلاس .

(٢) أنظر دراستنا التالية لحقوق الامتياز العقارية الخاصة فى الباب المخصص لها .

(٣) راجع محسن شفيق القانون التجارى المصرى الجزء الثانى فى الإفلاس الطبعة الأولى سنة

١٩٥١ بند ٢٨١ وما بعده - مصطفى كمال طه مذكرات فى الإفلاس ١٩٥٥ (ألقيت على طلبة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية) ص ١٠٠ .

فحكم القانون صريح في عدم سريان الرهن الذي يتم قيده في تاريخ لاحق على الحكم بشهر إفلاس المدين التاجر (١) .

٣ - الطعن في سند ملكية الراهن بالدعوى البوليصة : تتناول هذه الحالة الفرض الذي يتلقى فيه شخص ملكية العقار بمقتضى تصرف قانوني. يطعن فيه أحد دائئي المتصرف بالدعوى البوليصة ، وهي دعوى عدم نفاذ التصرفات . ويدور البحث حول أثر هذه الدعوى على الرهن الذي يقرره المتصرف إليه (وهو الراهن) لصالح أحد دائئيه .

يستفاد من المادة ١٥ في قانون تنظيم الشهر العقاري وجوب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً (٢). وتضيف المادة ١٧ من القانون المذكور أنه يترتب على هذا التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل هذا التاريخ .

(١) وأضاف المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٢٣١ تجارى أنه يجوز أيضاً عدم سريان القيود التي تتم خلال فترة الريبة أو في الأيام العشرة التي تسبقها إذا مضت مدة تتجاوز خمسة عشر يوماً بين تاريخ انعقاد الرهن وتاريخ إجراء القيد . ويضاف إليها ميعاد مسافة بين مكان العقد ومكان مكتب الشهر العقاري المختص بالقيد (وهو الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه) .
عله هذا الحكم هي خشية المشرع من اتفاق المدين مع الدائن المرتهن خلال فترة الريبة أو في الأيام السابقة عليها على تأجيل إجراء القيد ، حتى لا يعلم الغير بالرهن فيضعف ذلك من ائتمان المدين ويحيط من مركزه المالى . ولهذا أجاز حرمان الدائن الذي يتراخى في إجراء القيد من سريان حقه في مواجهة جماعة الدائنين . على أن ذلك الجزاء اختياري ، متروك أمر تقديره للقاضي .

(٢) علقت المذكرة الايضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري على هذه المادة بقولها إن « النص الجديد وضع صياغة جامعة لدعاوى الطعن في التصرفات ، فأوجبت شهر جميع الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . ومن شأن هذه الصيغة العامة أن يدخل في مدلولها دعاوى عدم نفاذ التصرفات المعروفة باسم الدعاوى البوليصة أنظر بند ٢٤ من هذه المذكرة .

يتضمن الحكم المتقدم بيان مركز الدائن المرتهن للعقار . والعبرة في هذا الشأن بتاريخ التأشير بالدعوى البوليصية على هامش المحرر المسجل الذي بمقتضاه اكتسب الراهن ملكية العقار المرهون .

إذا تقرر الرهن في تاريخ لاحق على هذا التأشير . فهنا لا يسرى حق الدائن المرتهن في مواجهة دائن المتصرف إذا نجح هذا الأخير في دعواه وقضى له بعدم نفاذ التصرف الذي أكسب الراهن ملكية العقار المرهون . ويترتب على ذلك أن قيد الرهن في هذه الحالة لا ينتج أثره . وليس في هذا الحكم إجحاف بحق الدائن المرتهن ، إذ كان في وسعه أن يعلم بقيام الدعوى البوليصية بالاطلاع على هامش تسجيل المحرر وهو احتياط مألوف يتخذه كل دائن للاطمئنان على خلو سند ملكية الراهن مما قد يهدده من أخطار .

أما إذا كان الرهن مقررأ في تاريخ سابق على إجراء التأشير بالدعوى البوليصية على النحو المتقدم ، فهنا يخضع مركز الدائن المرتهن للقواعد العامة التي وردت في الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، فلا تسرى عليه آثار هذه الدعوى إذا توافر لديه حسن النية (١) .

إذا ما استثنينا الحالات المتقدمة . أمكن القول بأن القيد تنطلق آثاره في

(١) في هذا الشأن تنبني التفرقة بين فرضين . إذا كان الراهن اكتسب ملكية العقار بطريق المعاوضة ، فيجب على دائن المتصرف أن يثبت علم الدائن المرتهن بأمرين ١ - غش المدين ويكنى بشأنه أن يتصرف وهو على بينة من إفساره ٢ - علم الراهن بهذا الغش . أما إذا كان الراهن قد تلقى ملكية العقار على سبيل التبرع ، فهنا لا يكلف الدائن رافع الدعوى بإثبات غش المتصرف أو علم الراهن بذلك . وإنما يجب عليه ، حتى ينجح في دعواه في مواجهة الدائن المرتهن أن يثبت علم هذا الأخير باعسار المدين (وهو من تبرع بالعقار إلى الراهن) ، وهو أمر عسير الإثبات في العمل . راجع في تفصيل شروط الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المتصرف إليه الأول وهو خلف المدين ، والمتصرف إليه الثاني وهو الخلف خلف ، السهوري الوسيط الجزء الثاني بند ٥٩١ وما بعده - اسماعيل غانم في أحكام الالتزام بند ١١٢ وما بعده .

مواجهة الغير (١) . ولا يحول دون ذلك ثمت حالات أخرى أثارت الجدل بين الفقهاء .

مادت مفوضية بشأنه سريانه آثار القيد : ذهب جانب من الفقه المصري الى أن القيد لا ينتج آثاره إذا أجرى في تاريخ لاحق على تسجيل صحيفة دعوى اعسار المدين غير التاجر ، أو اذا وقع بعد وفاة الراهن . وفي تقديرنا أن كلتا الحالتين لا يترتب عليهما تعطيل آثار القيد ، وذلك على النحو الذي سنبيّنه فيما يلي :

١- - اعسار المدين غير التاجر : أجاز التقنين المدني الجديد شهر اعسار المدين غير التاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه مستحقة الأداء . وقضت المادة ٢٥٧ بأن تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يترتب عليه عدم الاحتجاج على الدائنين . بأي تصرف للمدين يكون من شأنه إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته ، وكذلك أي وفاء يقوم به لصالح أحد الدائنين . كما قررت المادة ٢٥٦ في فقرتها الثانية عدم سريان أي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، وذلك في مواجهة كل دائن ثبت حقه قبل هذا التاريخ .

(١) نشير أيضا إلى المادة ٩٤٧ مدني التي تقضي بأنه لا يسرى في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتيب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار .»

ويستفاد من نص هذه المادة أن الرهن الذي يتقرر لدائن المشتري ، أو أي حق عيني تبعي آخر كاختصاص أو امتياز ، لا ينفذ في حق الشفيع ما دام لم يتم شهره قبل تسجيل إعلان الرغبة . وبذلك ينتقل العقار للشفيع محرراً من أي حق من الحقوق المتقدمة إذا ما حكم له بالشفعة .

على أنه يلاحظ أن المشتري إذا كان قد دفع الثمن للبائع ، فإن الشفيع يلتزم بأداء هذا الثمن . للمشتري . وفي هذه الحالة يكون للدائن الذي قيد حقه بعد تسجيل إعلان الرغبة الأفضلية على الثمن ، ويستعين الفقه السائد في تأصيل هذا الحكم بنظرية الحلول العيني .

على أننا نؤثر لإعمال فكرة المضمون الواسع لحق الأفضلية ، ومقتضاه أن الدائن يباشر حقه على كل مقابل نقدي للعقار . راجع في بيان هذا الاتجاه اسماعيل غانم في رسالته عن الذمة المالية فقرة ٥٤ ، مذكرات في الحقوق العينية الأصلية ج ٢ ص ٨٧- وانظر في تأييده ما تقدم في هذا الكتاب . فقرة ٣٢ ، حسن كبره الحقوق العينية الأصلية ج ١ ص ١٣٥ وما بعدها .

ذهب بعض الفقه المصرى إلى أن الرهن لا يختلف عن الاختصاص فى هذا الشأن . وعلى ذلك يمكن القول إن قيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ فى حق الدائنين الذين ترد حقوقهم إلى تاريخ سابق على هذا التسجيل (١).

وفى تقديرنا أن هذا الاتجاه محل نظر . فالواقع أن نظام الإعسار المدنى يرمى إلى تطبيق قاعدة المساواة بين الدائنين على نحو كامل مأمون . وقد قدر المشرع ، تحقيقاً لتلك الغاية ، وجوب إخضاع المدين الذى تعثرت حالته المالية لتنظيم قانونى يحكم السعى نحو أمواله . وبذلك يتفادى استئثار أحد الدائنين بما تبقى من أموال لمجرد يقظته وتربصه لمدينه . إذ يكفل نظام الإعسار المدنى الإعلان عن حالة المدين المالية . حينئذ يدرك كل دائن ما يهدد حقه من أخطار ، فيبادر باستيفائه ، على قدم المساواة مع سائر الدائنين ، مما تبقى لدى المدين من أموال .

ولما كان هذا هو هدف الإعسار المدنى ، فقد حرص المشرع على إيقاف سريان كل اختصاص يتقرر لصالح أحد الدائنين على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . لأن إطلاق أثره يهيئ للدائن المزود بحكم واجب التنفيذ أن يتقدم على زملائه فى فترة أراد القانون أن يمنع فيها كل إخلال بقاعدة المساواة . وبعبارة أخرى فالحكم الوارد بالنسبة إلى حق الاختصاص هو أمر لازم لتحقيق الهدف من نظام الإعسار المدنى . والقول بغير ذلك يخرى كل دائن مزود بحكم واجب التنفيذ بالمبادرة إلى استصدار أمر اختصاص وإجراء قيده (٢) . وعلى هذا النحو يفلت من قاعدة المساواة ، التى تقرر نظام الإعسار المدنى ليكفل لها تطبيقاً مأموناً .

(١) أنظر فى هذا المعنى سليمان مرقس بند ١٠٣ - شفيق شحاته بند ٢٣٦ - محمد على أمام

ص ٣٩٥ .

(٢) ويلاحظ فى هذا الشأن أنه يشترط لتقرير حق الاختصاص أن يكون الدائن مزوداً بحكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ مدنى) . ولو سلمنا بسريان حق الاختصاص ، لترتب على ذلك تمكين الدائن المزود بهذا السند من التقدم على الدائنين الآخرين الذين لم تتم لهم الظروف للحصول على أحكام واجبة التنفيذ . راجع السهورى الجزء الثانى بند ٧١٤ .

فإذا سلمنا بأن تلك هي الغاية من عدم سريان الاختصاص ، وجب القول بأن هذا الحكم لا يصدق على الرهن الذي تقرر بعقد رسمي قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . ذلك أن القيد مجرد إجراء لسريان الرهن في مواجهة الغير (١) . وما دام أن الرهن في ذاته قد تقرر في فترة كان المدين فيها حراً في نشاطه القانوني ، وجب القول ببقائه ، وبإطلاق آثار قيده في مواجهة الدائنين ، حتى ولو تم ذلك بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (٢) .

على أن القول المتقدم لا يصدق على رهن نشأ في تاريخ لاحق على هذا التسجيل . إذ يخضع هذا التصرف لرقابة القانون ، لأن في تقريره على هذا النحو إثار لدائن على آخر في فترة حرص فيها المشرع على عدم الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين (٣) .

٢ - وفاة المراهق : يقرر جانب من الفقه أن قيد الرهن بعد وفاة المراهق لا ينفذ في مواجهة باقي الدائنين ، ولا يحول لصاحبه أن يتقدم عليهم في استيفاء حقه من ثمن العقار . وذلك بحجة أن الدائن الذي لم يقيد حقه يكون شأنه شأن

(١) بما هو جدير بالذكر أن اتجاه جانب من الفقه إلى أن مصدر الحق العيني هو واقعة القيد وليس عقد الرهن في ذاته يؤدي إلى نتائج مختلفه في هذا الصدد . إذا لو سلمنا بأن القيد هو الذي ينشئ الحق لأفضى ذلك إلى أنه لا يجوز قيد المراهق بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار باعتبار أن المدين لا يستطيع أن ينشئ حقاً يحقق به أفضلية لأحد الدائنين على غيره . أما الرأي الذي نأخذ به مع الفقه الغالب ، فهو أن حق الدائن المرتهن يتقرر بمجرد التعاقد الذي استوفى شروطه . وبذلك يمكن القول بأن تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يحول دون قيد هذا الحق ، راجع في نقد الفقه المتقدم ما سبق بيانه ص ١٧٩ هامش ١

(٢) على أن هذا لا يمنع أحد الدائنين من الطعن في هذا الرهن بعدم النفاذ عن طريق الدعوى البوليصية إذا ما توافرت شروطها .

(٣) في هذا المعنى الذي فصلناه في المتن عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٦٦ هامش ١ . جمال الدين زكي دروس في التأمينات الشخصية والعينية ص ٢٧٨ .

الدائنين العاديين ، ولا يجوز أن يتميز عنهم بسبب لاحق على الوفاة . (١)
ويؤخذ على هذا الرأي أنه ينكر الأثر القانوني الهام الذي يترتب على عقد
الرهن (٢) . إذ يتقرر للدائن بمقتضاه حق عيني على العقار . ولا ينقص هذا
الحق حتى يسرى في مواجهة الغير إلا أن يتم قيده .
والأصل أن الراهن يلتزم بتيسير إجراء هذا القيد ، فإن امتنع عن ذلك جاز
للدائن أن يباشره بنفسه إن أمكن ذلك ، وأن يستعين بالقضاء في الأحوال التي
يلزم فيها تدخل الراهن .
هذا الالتزام ينتقل بأكمله إلى ورثة الراهن بعد وفاته . ومن ثم يستمر حق
الدائن المرتهن قائماً على العقار ، ويحق له أن يطالب بقيده . فإذا تم ذلك وجب
القول بسريان هذا القيد في مواجهة جميع دائني المورث .

٦٨ - مكرّر أثر الفس على الأسبقية في القيد (٣) :

يجوز لمالك العقار أن يقرر عليه أكثر من رهن واحد لصالح عدة دائنين .
والقاعدة العامة التي تحكم التزامهم بينهم هي أن العبرة بالأسبقية في القيد .
فيتقدم الدائن المرتهن الذي بادر بشهر حقه على الدائن المتخلف عنه في مرتبة
القيد . ولا يحرم الدائن المرتهن من المرتبة المتقدمة لمجرد علمه بأن مالك العقار
قد رهنه من قبل لدائن آخر ، مادام هذا الرهن لم يتم شهره وفقاً للقانون .
ذلك أن العلم الفعلي بالحقوق العينية التي سبق تقريرها على العقار لا يعتد به . وإنما
العبرة فقط بالعلم القانوني ، وهو لا يتوافر إلا بإجراء الشهر .

ولكن الصعوبة تعرض حينما يتواطؤ الراهن مع الدائن المرتهن الثاني لحرمان
الدائن الأول من مزية الرهن الذي اكتسبه . وقد يتوافر ذلك مثلاً إذا أهمل
الراهن أو وضع العقبات في سبيل قيد الرهن الأول ، ثم قام بتقرير رهن آخر

(١) في هذا المعنى سليمان مرقس بند ١٠٤ ويسند رأيه أيضاً بأن التمتين المدني قد وضع نظاماً
اختيارياً لتصفية التركات يؤدي إلى سداد ديون المتوفى ، ويحقق بذلك المساواة التامة بين دائني
المورث العاديين - ويؤيد نفس الرأي شفيق شحاته بند ٢٣٧ - جمال الدين زكي ص ٢٩٦ . محمد
على أمام المرجع السابق ص ٢٩٦ .

(٢) انظر عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٦٧ وهامش ١

(٣) راجع بصفة خاصة في هذا الموضوع جوزيه فيدال « النظرية العامة في الفس في القانون
الفرنسي » رسالة من تولوز نشرت بباريس سنة ١٩٥٧ ص ٢٢١ وما بعدها .

لصالح الدائن الثاني . وبإدراك بتيسير إجراء القيد حتى يكتسب هذا الأخير أولوية على الدائن الأول . ويكون هذا التعجيل عادة نتيجة تواطؤ بين الراهن والدائن الثاني . ومن هنا يثور البحث في أثر الغش على الأسبقية في القيد .

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية منذ زمن بعيد على إعمال مبدأ أن الغش يفسد كل أمر . وبذلك قضت بإهدار أثر القيد إذا تم نتيجة تواطؤ الراهن مع الدائن المرتهن الثاني ، لإضراراً بحق الدائن المرتهن الذي لم يشهر حقه بعد (١) .

ونميل إلى تأييد هذا الاتجاه في مطاردة الغش . بل إننا نتجه في هذا الصدد إلى وجوب الاعتداد بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر على أوسع نطاق ، حتى ولو لم يرد بشأنه نص في القانون (٢) . فهو يعتبر من المبادئ العامة التي تحكم التنظيم القانوني في الجماعة (٣) .

وقد بذل الفقه الفرنسي جهداً مشكوراً في إعلاء شأن هذه المبادئ العامة ، وتبرير سموها على القواعد القانونية الوضعية التي تتضمنها النصوص (٤) .

-
- (١) حكم دائرة العرائض في ٢٢ يناير سنة ١٨٦٨ منشور في دالوز نفس السنة ص ١٦٧ مشار إليه في رسالة فيدال المرجع السابق ص ٢٢٦ ، ٢٩٣ .
- (٢) انظر حكم محكمة النقض المصرية في ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفني السنة السابعة رقم ٢٣ ص ١٦٨ . وقد جاء فيه أن « قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجربها نص خاص في القانون . وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في المعاقبات والتصرفات والاجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات » .
- (٣) مارتى ورينو « القانون المدني » ج ١ فقرة ١٢٦ - جورج ريبير القوى الخالقة للقانون . ص ٣٤٥ .

(٤) انظر في تفصيل ذلك جان بولانجي « المبادئ العامة في القانون والقانون الوضعي » منشور في مجموعة الدراسات المهداة لجورج ريبير ص ٥١ وما بعدها ، وكذلك التقرير الذي تقدم به إلى أعمال الاسبوع الدولي للقانون باريس سنة ١٩٥٤ ص ٣٥٠ بصفة خاصة - وتقرير روبييه في أعمال هذا الاسبوع ايضاً ص ١٧١ .

ولنا في موضوع الغش بصفة عامة وأثره على التسجيل بحث مفصل أعد للنشر بمجلة الحقوق بالاسكندرية .

والواقع أن الإعراض عن مطاردة الغش يغرى الأفراد بتجريد القاعدة القانونية من آثارها . وكثيراً ما يعجز جزاء القاعدة القانونية المقرر بالنص . عن كفالة احترام قواعد السلوك الآمرة . وعندئذ يمكن لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، سد هذه الثغرة . فيتوعد بالجزاء كل من يستخف بقاعدة معينة ، ويستر هذا الاستخفاف باستخدام وسيلة فعالة لتحقيق مأربه .

والجزاء المقرر في النصوص في الصورة التي نعرض لها . هو تمكين الدائن المرتهن الأول من المطالبة بسقوط الأجل ، وذلك باعتبار أن تواطؤ الراهن مع الدائن الثاني والمبادرة بالقيء ، ترتب عليه إضعاف التأمين الذي اكتسبه الدائن الأول .

ولكن هذا الجزاء لا يحقق مصلحة الدائن . فلعله يفضل بقاء الأجل وعدم استيفاء حقه إلا في الأجل المحدد للوفاء . ومن هنا تظهر مصلحته في صيانة الرهن والاحتفاظ له بمرتبة يسبق بها الدائن المرتهن الثاني الذي تقدم عليه نتيجة لتواطئه مع الراهن . ولا يتيسر تحقيق هذه النتيجة إلا بتطبيق عام لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر .

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

٦٩ - تقسيم :

يكتسب الدائن المرتهن بمجرد انعقاد الرهن حقاً عينياً على العقار المرهون. فإذا أجرى قيد هذا الحق ، نجاز له أن يستوفي دينه مفضلاً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة . وهو يباشر تلك الأفضلية حتى ولو انتقلت ملكية العقار إلى شخص آخر ، وهذا هو ما يعبر عنه بالتتبع .

دراسة آثار الرهن تقتضي تحديد مركز الدائن المرتهن خلال مرحلتين . تتميز الأولى بطابع سلمي : إذ يتربص خلالها انتظاراً لحلول أجل الوفاء بدينه . فيقنع بالحق العيني الذي اكتسبه ، ولكنه يرد المدين عن كل عمل من شأنه إنقاص قيمة العقار المرهون .

فإذا قام المدين بوفاء الدين عند حلول أجله ، انقضى الرهن لتخالف الغاية من بقائه. أما إذا أحجم عن هذا الوفاء ، فهنا تبدأ مرحلة عدائية تظهر فيها الآثار الأساسية للرهن . إذ يستعين الدائن المرتهن بالوسائل التي هيأها له القانون للتنفيذ على العقار ، واستيفاء دينه من ثمنه . ولا يعوق هذا التنفيذ أن تكون ملكية العقار قد انتقلت إلى الغير ، لأن الرهن يخول له التتبع .

على ضوء ما تقدم تتحدد آثار الرهن . فهي تقتضي أولاً أن ننظر في علاقة الدائن المرتهن بالراهن خلال الفترة السلمية . ثم نعالج مضمون حق الدائن إذا اضطر إلى التنفيذ على العقار . وفي هذا الشأن نفرد بحثاً لدراسة الأفضلية ، ونخصص بحثاً أخيراً لبيان التتبع .

- وبذلك ينقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :
- المبحث الأول في علاقة الدائن المرتهن بالراهن .
 - المبحث الثاني في الأفضلية .
 - المبحث الثالث في التبضع .

المبحث الأول

علاقة الدائن المرتهن بالراهن

٧٠ - الفترة السلمية التي تسبق التنفيذ على العقار :

نفترض في نطاق هذا البحث أن الرهن الرسمي يجتاز مرحلة هادئة لا يلجأ فيها الدائن إلى التنفيذ على العقار المرهون ، لأن دينه لم يستحق أجل الوفاء به . والأصل في هذه المرحلة أنها تتميز بطابع سلمي ، ذلك أن الأمور لو سارت في مجراها الطبيعي ، فعلى المدين أن يؤدي ما يستحق عليه من فوائد ، إذا كان المدين يغل فوائد قانونية أو اتفاقية .

ولكن قد تعرض بعض الآثار فتدفع الدائن المرتهن إلى الحركة ، وذلك إذا أتى المدين أعمالاً تهدد قيمة العقار بالنقصان .

٧١ - أثر الرهن المرتهن على سلطات مالك العقار المرهون :

القاعدة العامة خلال هذه الفترة السلمية أن مالك العقار المرهون يظل متمتعاً بكافة السلطات التي ينحولها حق الملكية (١) . فالرهن الرسمي ، وهذه خصيصة تباعد بينه وبين الرهن الحيازي ، لا يجرد الراهن من حيازة العقار المرهون . بل يبقى العقار في حيازته ، ويجوز له مباشرة كافة سلطات المالك بما تتضمن من استعمال واستغلال وتصرف . ولعل هذه الخصيصة هي التي جعلت الرهن الرسمي يحتل المكان الأول بين التأمينات العقارية الخاصة .

على أن هذه القاعدة يرد عليها بعض قيود . وهي قيود أساسها تعلق حق الدائن المرتهن بالعقار المرهون ، وقوامها أن الراهن في مباشرته لسلطات

(١) أنظر مقال الدكتور وديع فرج « أثر الرهن الرسمي في حقوق مالك العقار المرهون » مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة العدد الثاني ص ١٧٧ .

المالكية يمتنع عليه القيام بأى فعل مادي أو عمل قانوني من شأنه إضعاف قيمة التأمين ، وهو التزام يقع على عاتق الراهن . سواء كان هو المدين أو كان مجرد كفيل عيني .

٧٢ - التزام الراهن بضمان سلامة الرهن - حكم هلاك العقار أو تلفه :

يلتزم الراهن بموجب نص المادة ١٠٤٧ بضمان سلامة الرهن . وعلى هذا النحو لا يجوز له القيام بأى عمل مادي أو قانوني يترتب عليه انقاص الضمان انقاصاً كبيراً (١) .

وأساس هذا الالتزام أن الراهن يحتفظ بحيازة العقار المرهون ، ويباشر عليه كافة السلطات التي يكفلها مضمون حق الملكية . ولذا يجب الحد من نشاطه في الحدود التي يتعارض فيها هذا النشاط مع الضمان الخاص المقرر للدائن المرتين (٢) وقد حرص المشرع على إحاطة حق الدائن المرتين بضمانات قوية وأجاز له استباق الأحداث وتفادى وقوع المحذور إن تيسر ذلك . فإذا وقعت أعمال تتأدى بالعقار إلى الهلاك أو التلف ، أو في القليل تجعله غير كاف للضمان ، يجوز للدائن أن يبادر بالالتجاء إلى القاضي يسأله لإيقاف هذه الأعمال ، واتخاذ كافة ما يلزم من وسائل لتوقي وقوع المحذور . والقاضي يهتم بسلطة تقدير مطلق في الاستخلاص من الوقائع إذا ما كان عمل الراهن يعرض العقار لخطر الهلاك أو التلف ، أو يفضي إلى عدم كفاية الضمان (م ١٠٤٨ مدني الفقرة الثالثة) (٣) .

(١) أنظر مناقشات لجنة القانون المدني ، جاس الشيوخ - الأعمال التحضيرية ج ٧ وقد أضافت إلى المادة ١٠٤٧ عبارة انقاص الضمان « انقاصاً كبيراً » وذلك أن الاختصار على مجرد النقص في الضمان ، قد يعرض المدين إلى التدخل المتصل من الدائن المرتين ، وفي ذلك إرهاب وإعنات له .

(٢) وديع فرج المقال المشار إليه ص ١٧٨ .

(٣) يبدو لنا أن معيار عدم كفاية الضمان هو الذي يجب الاعتماد به في رقابة القضاء على أعمال الراهن . ولا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفي لعبارة انقاص الضمان انقاصاً كبيراً التي وردت في المادة ١٠٤٧ . بل إن أى عمل يفضي إلى عدم كفاية الضمان ، ذوو في الواقع من قبيل الأعمال التي يترتب عليها انقاص التأمين انقاصاً كبيراً .

وهو المعنى الذي يفهم أيضاً من نص المادة ٢٧٣ / ٣ . فهو تسقط الاجل إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص . وقد ذكر مراراً لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيدى أن المقصود بذلك أن يكون التأمين قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمه الدين . مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣ ص ٣٢ .

وإذا أخل الراهن بالتزام ضمان سلامة الرهن ، فإننا نجد في نص المادة ١٠٤٨ تطبيقاً تشريعياً لحكم القواعد العامة التي جاءت في المادة ٢٧٣ بخصوص سقوط الأجل في حالة إضعاف التأمينات بصفة عامة .

فإذا كان الهلاك أو التلف نتيجة خطأ الراهن ، فللدائن المرتهن الخيار بين التمسك بسقوط الأجل واستيفاء حقه فوراً ، وبين اقتضاء تأمين كاف لو كان حريصاً على استيفاء دينه في الأجل المتفق عليه في الوفاء (١) .

وأما إذا جاء الهلاك أو وقع التلف بسبب أجنبي ، فهنا قد يرتضى الدائن الإبقاء على الالتزام بأجله وذلك دون تأمين يكفله . فإن لم يقبل هذا الوضع ، فهنا يتاح الخيار للمدين ، وخلافاً للفرض السابق ، بين أن يقدم تأميناً كافياً يعوض الدائن ما ضاع عليه من تلف العقار المرهون أو هلاكه (٢) ، وبين أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل (٣) . وإن اختار المدين الأداء الفوري ولم يكن للدين فوائد ، فهنا ينقص من أصل الدين مبلغاً معادلاً للفوائد بالسعر القانوني عن المدة التي تقع بين تاريخ الوفاء الفعلي ، والتاريخ المحدد أصلاً للوفاء

(١) ويرى استاذنا السهوري أن التزام المدين في هذه الحالة يكون تخييرياً الخيار فيه للدائن . فإن الدائن يكون بالخيار إما أن يطالب المدين بالدين فوراً لسقوط الأجل ، وإما أن يطالب بتقديم تأمين كاف (الوسيط ج ٢ ص ١١٨) . قارن اسماعيل غانم في أحكام الالتزام الطبعة الأولى فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤ هامش ٣ ، حيث يذهب إلى أن محل الالتزام يظل واحداً ، وهو الأداء الذي التزم به المدين أصلاً . أما الزامه بتقديم تأمين فهو التزام آخر تابع للالتزام الأول .

(٢) يلاحظ في هذا الشأن أن المادة ١٠٤٨ لا تميز بين حالتي هلاك العقار أو تلفه بفعل المدين أو بسبب أجنبي . في الحالتين يلتزم المدين فقط بتقديم تأمين كاف . أما حكم القواعد العامة في المادة ٢٧٣ ، فيقتضي في حالة إضعاف التأمينات بفعل المدين أن يقوم بتكملة التأمين الأصلي كما كان ولو كانت قيمة هذا التأمين أعلى بكثير من الدين . بينما يقتصر في صورة ضعف التأمينات بسبب أجنبي على الزام المدين بتقديم تأمين كاف ، حتى ولو كان أقل في قيمته من التأمين الهالك أو التالف السهوري المرجع السابق ص ١٢٠ هامش ١

(٣) ونكون في هذه الحالة ازاء التزام تخييرى يكون الخيار فيه للمدين عند اصحاب الرأى القائل بفكرة الالتزام التخيري - السهوري المرجع السابق ص ١١٩ .

من كل ماتقدم نستطيع أن نقرر مبدأين : على ضوءهما نتأمل في العلاقة بين الدائن المرتهن والراهن خلال الفترة السلمية التي تسبق التنفيذ على العقار . المبدأ الأول أساسه أن الراهن يظل متمتعاً بكافة ما يتضمن حق الملكية من سلطات . والمبدأ الثاني ، وهو يحد من الأول ، قوامه أن الراهن يمتنع عليه إتيان أى فعل مادي أو إبرام أى تصرف قانوني من شأنه إضعاف قيمة التأمين أو الانتقاص منه . وبعبارة أخرى يلتزم بالمحافظة على العقار المرهون وملحقاته . فإن أخل بهذا الالتزام ، أجاز للدائن علاوة على حقه في سقوط الأجل أن يعترض على كل عمل أو تقصير من المدين ، وله في هذا السبيل اتخاذ ما يلزم من وسائل تحفظية ، ومطالبة القاضى بوقف الأعمال التي تضر بحقه .

نحاول الآن أن نبين إلى أى مدى تتأثر القاعدة التي وردت في المبدأ الأول بالقيود المقررة في المبدأ الثاني ، وذلك بتطبيقها على حق المالك في استعمال العقار المرهون ، واستغلاله ، والتصرف فيه .

المطلب الأول

سلطة الراهن في استعمال العقار المرهون

٧٣ - هو الدائن المرتهن يحد من المالك في استعمال العقار المرهون :

الرهن الرسمي لا يحرم الراهن من استعمال العقار المرهون . فهو يستطيع أن يستخدمه فيما هو قابل له . فيجوز أن يسكنه إذا كان من المباني ، وأن يزرعه إن كان أرضاً زراعية (١) ، وله أن يتصرف في ثمار هذا الزرع تصرفاً مادياً

(١) لا يعد إضعافاً للضمان أن يزرع الراهن قطناً مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت به العادة من زرعها مرة كل ثلاثة سنوات وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطي الدين إلى مدى بعيد . استئناف مختلط في ٢ يونيو سنة ١٨٩٧ م ص ٣٧٧ ، أشار إليها الأستاذ السهوري في الوسيط ج ٢ ص ١١٦ هامش ٤ .

أو قانونياً . ذلك أن الثمار كما قدمنا لا تعتبر من ملحقات العقار المرهون إلا من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية (١) .

الأصل إذن أن حرية الراهن تظل قائمة في استعمال العقار ، والاستفادة المباشرة مما يؤديه من خدمات . على أن هذا الاستعمال مقيد بمبدأ هام هو عدم الإضرار بالدائن المرتهن . وذلك بالانتقاص من قيمة العقار أو إضعافها .

على هذا النحو لا يحق للراهن أن يهدم البناء المشيد على الأرض المرهونة . فيستطيع الدائن أن يتدخل لمنع هذه الأعمال ، وله عند الضرورة المطالبة بتعيين حارس على العقار . هذا هو ما يستفاد من المبدأ المقرر في المادة ١٠٤٧ من التقنين المدني ، والفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ . وغنى عن البيان أن الهدم إذا قصده به إقامة بناء جديد ، فهو لا يتضمن معنى انتقاص التأمين ، وبالتالي لا يجوز للدائن المرتهن أن يعترض عليه .

تطبيقاً لهذا القيد الوارد على حرية المالك في استعمال العقار ، يمكن القول أيضاً بامتداد ذلك القيد إلى حرите في عدم ممارسة هذه السلطة . فإذا امتنع عن استعمال ملكه على نحو يعرض العقار للتخريب أو التلف ، أو يهدده بالهلاك ، جاز للدائن المرتهن أن يفرض رقابته فيرد المدين عن اتخاذ هذا الموقف السلبي ، أو يستعين على إصراره بتعيين حارس يحافظ على كيان العقار . وليس في هذا كله سوى تعبير صادق عن تقييد سلطة المالك بوجود حق الدائن المرتهن (٢) .

(١) ويلاحظ في هذا الشأن أن استعمال الأرض الزراعية عن طريق زراعتها والتصرف في ثمارها لا يصدق عليه وصف الاستعمال بمعنى الدقيق ، بل يدخل في سلطة الاستغلال . والأمر يصدق عموماً بشأن التفرقة بين سلطتي الاستعمال والاستغلال . والمعيار الراجح هو أن الاستعمال يقصد به استخدام الشيء فيما يصلح له ، والحصول من وراء ذلك على الخدمات أو المنافع غير الثمار والمنتجات . أما الاستغلال فهو الانتفاع بالعقار والحصول بذلك على ما يقوله من ثمار . راجع بودان وفواران جزء ٤ بند ٣٠٠ . وأياً كان الأمر فأثر هذه التفرقة لا يحل بالمبدأ الذي نعالجه وهو أن حق الراهن مقيد من حيث مضمونه بوجود حق الدائن المرتهن ، سواء بالنسبة لاستعمال العقار أو استغلاله .

(٢) جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن الراهن « لا يجوز له أن يقوم بأي عمل من شأنه انتقاص ضمان الدائن المرتهن ، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب . والدائن المرتهن أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، كأن يقيم حارساً » جزء ٧ من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٩ .

أخيراً يحق للدائن المرتهن أن يعترض على انتزاع المنقولات التي رصدها المالك لخدمة العقار ، وهي العقارات بالتخصيص ، ذلك أن حق الدائن المرتهن يتعلق بها بوصفها من ملحقات العقار المرهون (١).

على أن الدائن المرتهن قد لا يعلم بتغيير تخصيص هذه المنقولات ، وإزالة صفة العقار عنها إلا في وقت متأخر . وليس أمامه حينئذ إلا المطالبة بتطبيق الجزاء العام وهو سقوط الأجل وحلول الدين . وله أن يسترد هذه المنقولات التي أزيلت عنها صفة العقار بالتخصيص ، إذا كانت لازالت في حيازة الراهن أو انتقلت إلى يد حائز سبي النية. أما الحائز حسن النية فتحميه القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الحائز . وهنا قد يتعلق حق الدائن المرتهن بالتمن المستحق في ذمة الحائز إذا لم يكن قد أداه (٢) .

ويلاحظ بشأن الأحكام المتقدمة أنه يشترط لتطبيقها أن تكون إزالة العقارات بالتخصيص من شأنها إضعاف قيمة التأمين . فإذا قام الراهن بذلك بقصد وضع منقولات أخرى لخدمة العقار الأصلي ، فلا يجوز للدائن المرتهن في هذه الأحوال أن يعترض على أعمال الراهن (٣) .

(١) راجع ماتقدم في بيان ملحقات العقار المرهون فقرة ٥٣ - وانظر ماسيلي في تقييد سلطة مالك العقار في التصرف .

(٢) وفي هذا الشأن تقرر مذكرة المشروع التمهيدي بأنه إذا باع الراهن مواشي كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة فوقعت في حيازة مشتر حسن النية ، ملكها ملكية خالصة من الرهن . ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان . أما إذا لم يتسلمها المشتري أو تسلمها وهو سبي النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن .

رجع بييررينو انسكلوبيدي دالوز جز ٣ ص ٩١٩ بند ٢٢٧

(٣) أنظر مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ - الأعمال التحضيرية المرجع السابق ص ٥٠ وقد أضيفت إلى المادة ١٠٤٧ عبارة انقاص الضمان « انقاصا كبيرا » . ومضت الإشارة في المتن فقرة ٧٢ إلى أن القاضي هو صاحب السلطة المطلقة في تقدير انقاص الضمان .

المطلب الثاني

سلطة الراهن في استغلال العقار المرهون .

٧٤ - هو الرهن في استغلال العقار المرهون :

المقصود بالاستغلال هو سلطة المالك في استخدام العقار بالطريقة التي يتخيرها بقصد الحصول على ما ينتجه من ثمرات . فالعقار على هذا النحو يمثل عنصر رأس المال ، وما يغله من ثمرات يعبر عنه بالربح أو الدخل .

والأصل هو حرية المالك في الاستغلال . تتمثل أولاً في تخير طريقته . وتبدو ثانياً في الاستثناء بخلته . والراهن كقاعدة عامة يتمتع بهذه الحرية ، لا يقيد بها إلا حق الدائن المرتهن . فهو يرتبط بالكيان الاقتصادي للعقار ، ويتعلق بثماره منذ التحاقها بالعقار بحكم القانون بمجرد تنبيه نزع الملكية على النحو الذي سبق بيانه في بحثنا للحقوق العقار .

تطبيقاً لهذه الحرية المقيدة نصت المادة ١٠٤٤ من التقنين المدني على ما يأتي «لراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار» .

يستفاد من نص هذه المادة أن الراهن حر في استغلال العقار ، ولكنه مقيد من ناحيتين . :

١ - من حيث توجيه الاستغلال : الأصل أن ينفرد المالك وحده بتوجيه العقار نحو طريقة الاستغلال التي تروق له . فيستطيع مثلاً أن يوجه أرضاً زراعية إلى تخصيص آخر ، كأن يقيم عليها مصنعاً أو يشيد منشآت سكنية . هذه الحرية يحد منها حق الدائن المرتهن . فهو يستطيع أن يراقب الراهن في نشاطه فيفوت عليه كل محاولة من شأنها إنقاص قيمته ، وبالتالي إضعاف الإثمان الذي يعتمد

عليه الدائن (١) . حينئذ يحق لهذا الأخير . وبنص القانون في المادة ١٠٤٧ . أن يستعين بالقضاء لوقف هذه الأعمال الضارة بحقه ، وله في حالة الاستعجال كما قدمنا أن يؤمن ذلك الحق باتخاذ وسائل تحفظية يرجع بمصروفاتها على الراهن . هذه السلطة التي تخول للدائن المرتهن الانتقاص من سلطات الراهن كمالك للعقار المرهون ، يسندها أن الدائن مزود بحق عيني تبعي تقرر على العقار ، وتعلق بكيانه الاقتصادي . وهو حق يحد من مضمون الملكية بالقدر اللازم للإبقاء على العقار كضمان خاص يكفل الوفاء بالدين .

على أن الدائن المرتهن من ناحية أخرى لا ينبغي أن يتستر وراء ذلك الحق فيسيء استعماله ، ويتربص للمدين يرده عن كل نشاط يتعلق بتوجيه استغلال العقار . وبعد ، فالفصل في أي نزاع قد يطرأ في هذا الشأن يترك إلى تقدير القاضي ، يحكم فيه على ضوء ما يعرض من وقائع (٢) ، مستهدياً بمعيار القانون ، وقوامه أن الراهن لا يجوز له إتيان أي عمل أو القيام بأي تقصير من شأنه إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً . وقد أضيفت هذه العبارة الأخيرة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ لتقييد التدخل المتصل من جانب دائن قد يسرف في حذره ، فيصبح على هذا النحو مصدر قلق دائم في سبيل تمكين المدين من استغلال العقار (٣) .

(١) أنظر موريل محاضرات في القانون المدني مع التعلق « آثار الرهن » باريس ١٩٤٢

ص ١٥٨ .

(٢) لا يعد مثلاً إضعاف الضمان أن يزرع المدين الأرض المرهونة قطناً مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات ، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطي قيمة الدين إلى مدى بعيد (استثناء مختلط ٢ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧) . حكم أشار إليه الأستاذ السهوري الوسيط ج ٣ ص ١١٦ هامش ٤ راجع ما تقدم فقرة ٧٣ .

(٣) الجزء السابع من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٠ . وقد سبق لنا تفسير الانقاص الكبير للضمان بأنه العمل القانوني أو المادي الذي يضعف الضمان إلى حد أن يجعله أقل من قيمة الدين . وهو تفسير يتفق مع نص الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ بصفة خاصة ، ويتجاوز مع اتجاه المشرع في المادة ٢٧٣ بصفة عامة . راجع ما تقدم فقرة ٧٢ .

وقد تنبه المشرع إلى أن من أهم وسائل الاستغلال المألوف هو تأجير العقار والحصول على ثماره المدنية . ولهذا أفرد له حكماً خاصاً ، يعالج فيه سريان هذا الإيجار على الدائن المرتهن إذا جاوز أجله تاريخاً معيناً ينفي عنه صفة أعمال الإدارة ويدنيه من أعمال التصرف ، على نحو قد يؤثر في مصير العقار يوم أن يعلن عن بيعه بالمراد .

٢ - من حيث قبض الثمار : مظهر الانتفاع بالملكية يتمثل بصفة خاصة في استئثار المالك بما يغله الشيء من ثمرات . وقد حرص المشرع على الحكم بأن الراهن يقبض أيضاً ثمار العقار المرهون ، فلا يتعلق بها حق الدائن المرتهن . وبعبارة أخرى ، نستمدّها من لغة الاقتصاد ، ينصب حق الدائن على رأس المال ولا يمتد إلى الدخل .

على أن ذلك الحكم لا يؤخذ به على إطلاقه ، بل يصيبه قيد يتصل بتحديد زمني للاستئثار بالغلة . فنجد تاريخ معين وهو تسجيل تنبيه نزع الملكية ، تضاف الثمار بقوة القانون إلى العقار ويتعلق بها حق الدائن المرتهن . ونعلة هذا الحكم أن تسجيل التنبيه يعبر عن الشروع في التنفيذ ، وأمل الدائن في استيفاء حقوقهم ، ومن ثم قدر المشرع تيسير ذلك الأمل بتمكينهم من ثمار العقار .

بل وقد غنى المشرع أيضاً ، بصدد حرية الراهن في قبض الثمار ، بعلاج وضع خشي من عواقبه على حق الدائن . ولذلك أخضع التعجيل بالأجرة وتحويلها إلى حكم خاص ، نظراً لما قد يؤدي إليه من هبوط قيمة العقار يوم أن تتخذ الإجراءات النهائية لبيعه . وسنفرد لدراسته بحثاً مستقلاً نكشف فيه عما يكتنفه من غموض مرده إلى تعارض طارئ ورد في نصوص تقنين المرافعات . وحتى يكتمل بحثنا في قبض الثمار ، ينبغي أن نقدم ما اتفق عليه الرأي بشأن التصرف في الثمار المستحقة قبل جنيها ومثلها بيع المحصول وهو متصل بالأرض .

مما تقدم يتضح لنا أن الإحاطة بالقيود التي قد ترد على حق المالك في استغلال العقار تقتضي النظر في حكم تأجير العقار المرهون ، والتعجيل بالأجرة أو تحويلها ، وأخيراً بيع الثمار المستحقة قبل جنيها .

٧٥ - النصوص القانونية بشأن تأجير العقار والتسجيل بالرجعة

أو تحويلها :

نصت المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي : « يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالة » .

يلتزم حكم هذه المادة تطبيقاً خاصاً يقترن بأحكام مفصلة بصدد الرهن الرسمي في المادة ١٠٤٥ ، ١٠٤٦ من التقنين المدني .

تقرر المادة ١٠٤٥ أن « الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً من أعمال الإدارة الحسنة .

وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن » .

أخيراً تضيف المادة ١٠٤٦ الحكم الآتي « لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة فيها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فإنها

لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن . وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد في الفقرة السابقة .

٧٦ - تأخير العقار المرهون :

استجاب المشرع في الأحكام التي ألتى بها في المادة ١٠٤٥ من التقنين المدني إلى اعتبارين يتصلان بحماية الدائن المرتهن . الأول قدر شأنه أن الإيجار الذي يتجاوز تسع سنوات يتجرد من صفة عمل الإدارة العادية ، ويعتبر في حكم أعمال التصرف . وهو بهذه المثابة قد يثنى من يرغب شراء العقار عن الإقبال عليه . ولذا حد من سريان مثل هذا الإيجار إلا إذا كان مسجلاً قبل قيد الرهن . ومن ناحية أخرى خشى المشرع من زهد الراهن وعدم حرصه ، بل ومن كيدته للدائنين ، فقدر أن الإيجار مهما قصرت مدته يجب كقاعدة عامة أن يثبت تاريخه قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، حتى ينتج أثره في مواجهة الدائن . على أن هذه الحشية تتلاشى إذا ما توافرت في الإيجار من المقومات والعناصر ما يجعله سبباً في تيسير بيع العقار . ويكون الأمر كذلك إذا كان الإيجار من قبيل أعمال الإدارة الحسنة .

على ضوء ما تقدم تدبى التفرقة بشأن الأحكام الواردة في المادة ١٠٤٥ بين ما يأتي من فروض :

١ - إيجار يمتد أجله إلى ما يجاوز تسع سنوات : مثل هذا الإيجار لا ينتج آثاره كاملة إلا إذا كان مسجلاً في تاريخ سابق على قيد الرهن (الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٥) .

فإذا لم يكن مسجلاً قبل قيد الرهن ، فهو لا يسرى إلا في حدود تسع سنوات فقط .

ويلاحظ في هذا الشأن أن مصلحة الدائن المرتهن في التمسك بعدم نفاذ الإيجار لا تظهر إلا بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية والشروع في التنفيذ على العقار ، لأن ذلك يؤدي إلى ترغيب الغير في شرائه بثمن مرتفع .

وقد أثير التساؤل حول كيفية احتساب مدة التسع سنوات (١) . على أن المشرع في الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٥ ، وفي م ١١ شهر عقارى قد وضع حكما ظاهرا لوضوح . ويستفاد منه أن الإيجار إذا كان قد تجاوز هذه المدة وقت تسجيل التنبيه ، توقف مباشرة عن السريان في مواجهة الدائن ، الذى يحق له الاستمرار فى إجراءات التنفيذ متجاهلا وجوده . أما إذا لم تكن المدة قد اكتملت بعد ، فيجوز الاحتجاج بهذا الإيجار فى حدود التسع سنوات إذا كان له تاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) ، على النحو الذى سيتضح لنا فيما يلى . وأساس هذا الحكم أن المشرع قد أراد أن يكفل للمستأجر الانتفاع بالعقار خلال فترة أقصاها تسع سنوات دون أن يلتزم بالتسجيل ، فإذا تجاوز هذه المدة ولم يكن حقه مسجلا أصبح غير نافذ فى مواجهة أى شخص من الغير يتمسك بذلك .

٢ - إيجار لا يتجاوز أجله تسع سنوات : مثل هذا الإيجار يسرى فى حق الدائن المرتهن إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . والحكمة التى بدت للمشرع فى الأخذ بهذا الحكم هى أن الإيجار محدود المدة يعتبر من قبيل أعمال الإدارة العادية . وهو على هذا النحو يحقق للمدين دخلا ينعش مركزه المالى فيدفعه إلى أداء الدين . بل وهو يلائم مصلحة الدائن ، لأن الاستغلال الحسن يرفع قيمة العقار .

على أن المشرع قدر من ناحية أخرى أنه متى بدىء فى التنفيذ على العقار ، فقد يعمد المراهن إلى تأجيله بأجر ضئيل زهدا فى ثمرة العقار أو كيدا للدائنين ، ولذا حكم بأن الإيجار لا ينفذ فى مواجهتهم إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (٣) . والمقصود بذلك هو أن يتوافر له تاريخ يقينى

(١) أنظر فى تفصيل ذلك ما دار من نقاش فى الفقه الفرنسى ، بودان وفواران جزء ١٤ بند ١٠٤٧ . ويلاحظ أن القانون الفرنسى لم يشترط إلا تسجيل الإيجار الذى تزيد مدته عن ١٨ سنة .

(٢) راجع فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه بند ٨٩٧ ص ١٥٠ - اليكس فايل « جزاء تخلف التسجيل فى الإيجارات الممتدة إلى أكثر من ثمان عشرة سنة » دالوز ١٩٤٩ ص ٧٣ .

(٣) أستاذنا المقفور له الدكتور محمد حامد فهمى تنفيذ الأحكام والسندات بند ٣٥٧ .

يلبرأ عنه الشك وفقاً لما جاء في المادة ٣٩٥ من التقنين المدني .

على أن الإيجار الذي يثبت تاريخه قبل تسجيل التنبيه لا يكون منزها عن كل الشبهات . بل يجوز الطعن فيه إذا ما صدر بطريق التواطؤ بين الراهن والمستأجر وذلك بأن يعقد بأجر بخس ، لعلم الراهن أن الدائنين بسبيل اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار ، ولا يجوز تأسيس هذا الطعن كما يذهب بعض الفقهاء على حكم الدعوى البوليصية . فالدعوى البوليصية تتحدد بنطاق خاص ، ويزام لاستخدامها شروط معينة لا تصدق على الوضع الذي نحن بصدد (١) ، والأصديق في هذا الشأن هو الاستعانة بدعوى الغش بصفة عامة على أساس أنه مفسد للتصرف (٢) . بل ويذهب جانب من الفقه إلى الاستعانة بأحكام

(١) دافع عن هذا الاتجاه بصفة خاصة جرويه في رسالته عن الدعوى البوليصية في القانون المدني الفرنسي المعاصر سنة ١٩١٣ . وقد اطلعنا على وجهة نظره بالتفصيل في رسالته جوزيه فيدال عن النظرية العامة في الغش ، رسالة من تولوز نشرت بباريس سنة ١٩٥٧ ص ٢٢٨ وما بعدها انظر ايضا حكم دائرة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية ٢٤ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة الاسبوع القانوني سنة ١٩٤٢ ، وتعليق بيكي . وحكم الدائرة الاجتماعية لنفس المحكمة في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤١ ، المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٢ وملاحظات هنري وليون مازو .

وخلاصة هذا الاتجاه هو أن الدعوى البوليصية لا تستخدم فقط إذا أصيب المدين بأضرار عام ، بل يجوز الاستعانة بها ايضا في صورة الاعسار الخاص . ويفتعل هذا الاتجاه تخصيص الاعسار في علاقة المدين بدائن معين بالذات وبشأن عين محددة بالذات . وبذلك يجوز للدائن المرتهن استخدام الدعوى البوليصية الخاصة ، إذا كان تصرف المدين من شأنه أن يضعف قيمة الضمان الخاص المقرر على العقار ، وذلك على أساس أنه بتصرفه أضر بالدائن ، وجعل العقار قاصرا عن تحقيق الغاية من التأمين المقرر عليه .

وقد تعرض هذا المسلك لنقد شبه اجماعي من الفقه الفرنسي . انظر في هذا المعنى التعليقات القضائية السابقة الاشارة اليها . راجع ايضا بلانيول وريبير ورادوان - ٧ فقرة ٩٣٨ فيدال المرجع السابق ص ٢٢٩ - موريل محاضرات دكتوراه في آثار الرهن بباريس ١٩٤٢ ص ١٧٥ . وقد عالجنا هذه المسألة بالتفصيل في بحث لنا عن أثر الغش على الأسبقية في التسجيل ومحاولة لوضع نظرية عامة في الغش » ، أعد للنشر بمجلة الحقوق بالاسكندرية . وقد خلاصنا فيه إلى عدم جواز التسليم بهذا التخريج في القانون المصري ازاء عصيان احكام البوليصية . عن حكم مثل هذه الصورة . ذلك أن الشرط الأساسي لتحريك هذه الدعوى هو الاعسار العام الذي تتجاوز فيه ديون المدين أمواله .

(٢) وهو الرأي الذي دافعنا عنه في بحثنا المشار اليه . ونستند في هذا الشأن إلى وجوب اطلاق تطبيق مبدأ أن الغش يفسد كل أمر باعتباره من المبادئ العامة التي تحكم التنظيم القانوني في الجماعة . (راجع ما تقدم فقرة ٦٨ مكرر) . وهو واجب الأخذ به ولو لم يجر به نص في القانون (انظر =

المسئولية التقصيرية . باعتبار أن تواطؤ الراهن مع المستأجر يتضمن خطأ متعمداً للإضرار بالغير ، ومن ثم يلزم التعويض عنه (١) .

٣ - الإيجار المعتبر من قبيل أعمال الإدارة الحسنة : خرج المشرع بشأنه عن القاعدة التي تقدم ذكرها فلم يشترط ثبوت تاريخه قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية بل أنجاز إيقاعه بعد هذا التاريخ . وبعبارة أخرى فالإيجار غير ثابت التاريخ ، أو المبرم في تاريخ لاحق على تسجيل تنبيه نزع الملكية يجوز نفاذه إذا صدق عليه وصف أعمال الإدارة الحسنة .

نقلت نصوص القانون من تعريف جامع للدلالة أعمال الإدارة الحسنة ، ومن ثم يترك أمر تقديرها إلى القضاء إذا ما ثار حولها نزاع . وقد استقر القضاء منذ زمن بعيد على أن الإيجار يصدق عليه هذا الوصف إذا عقد بأجر المثل ولم يمتد أجله مدة طويلة (٢) .

= نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفني السنة السابعة رقم ٢٣ ص ١٦٨ .
إذ لا يجوز أن يتطاول الشخص على قاعدة سلوك أمر ، ويتستر في هذا التطاول باستخدام وسيلة غمازها مشروع . ولا شك أن راهن المقسار المرهون الذي يؤجر العقار بمقد ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ويمتدده بأجر بخس إنما يضر بحق الدائن . وهو في هذه الحالة يستخدم وسيلة قانونية ظاهرها مشروع . ولكنه يستعين بها لاستبعاد قاعدة سلوك أمر ، وهي صيانة الضمان الخاص من كل أضعاف يجعله غير كاف لاستيفاء حق الدائن .

راجع في تأييد الاعتداد بمبدأ عام في فساد التصرف المشوب بالغش . روست « الأصول العرفية في نظرية الالتزامات » محاضرات دكتوراه باريس سنة ١٩٥٤ ص ١١٢ وما بعدها - فيدال الرسالة السابق الإشارة إليها ص ٢٣٠ .

(١) في هذا المعنى موريل محاضرات دكتوراه بباريس في آثار الرهن سنة ١٩٤٢ ص ١٧٦ .
ويعيب هذا التأصيل في تقديرنا أن الاستعانة بأحكام المسؤولية التقصيرية ، يجعل تقدير طريقة التعويض للقاضي . ومن ثم لا يتقيد بوجوب القضاء بعدم نفاذ التصرف في حق الدائن المرتهن ، وإنما قد يحكم بأي تعويض آخر يراه مناسباً . بينما نجد أن التسليم بمبدأ عام في الغش ، يجعل تصرف الراهن فاسداً ، وبالتالي يتعين القضاء بعدم نفاذه في حق الدائن المرتهن .

(٢) أنظر تعليقات بالاجي على المادة ٦١٣ مرافعات مختلط - وقد سار القضاء على اعتبار المدة معقولة إذا لم تتجاوز ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية أو ستة واحدة في المباني وينبغي الآن أن يراعى بشأن الأراضي الزراعية ما جاء من تنظيم أمر يحكم إيجارها في قانون الإصلاح الزراعي .

، ويلاحظ أن التقنين المدني قد أضاف شرطاً خاصاً لاعتبار الإيجار من قبيل أعمال الإدارة الحسنة ، وهو ألا تكون الأجرة قد دفعت مقدماً (م ١٠٤٥ الفقرة الأولى) ، وكأن التعجيل بالأجرة إذن ينفي صفة حسن الإدارة .

ثم صدر تقنين المرافعات في تاريخ لاحق فنص في المادة ٦٢١ على سريان الإيجار غير الثابت التاريخ أو الواقع بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية إذا كان من قبيل أعمال الإدارة الحسنة . ولكنه أغفل ذكر الشرط المتصل بعدم تعجيل الأجرة ، الذي وضعه المشرع المدني .

ويبدو لنا وجوب ترجيح كفة قانون المرافعات في هذا الشأن ، لاسيما وأنه وضع من الأحكام ما يكفل ضمان حقوق الدائنين بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . فهو يحجز للدائن تكليف المستأجر بأن يحجز تحت يده ، ما هو مستحق في ذمته من أجرة ، ويغني هذا التكليف عن اتباع إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير . فإذا كان المستأجر قد أدى الأجرة قبل ذلك التكليف ، يقع وفاؤه صحيحاً ، ولكن يسأل عنها المدين بوصفه حارساً (المواد ٦٢٢ ، ٦٢٣ مرافعات) (١)

يستفاد مما تقدم أن المدين إذ يستوفي أجرة معجلة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يستأثر بها ، بل يعتبر في حكم الحارس لها ، فتلحق بشمن العقار ويتعلق بها حق الدائنين في التوزيع . وعلى هذا النحو لا تكون للمدين مصلحة في التعجيل بالأجرة إلا للاحتفاظ بها لصالح الدائن ، وبذا تنعدم دلالة التعجيل على سوء الإدارة (١) .

٧٧ - تعجيل الأجرة أو تحويلها

الأصل أن الراهن يستأثر بما يستحق عن إيجار العقار المرهون باعتبار أن له الحق في إدارته وقبض ثماره . وله بطبيعة الحال أن يحصل على أجرة معجلة ،

(١) وقد بقيت هذه المواد كما هي ، وأصبحت المواد ٦١٦ ، ٦١٧ ، ٦١٨ في مشروع توحيد قانون المرافعات في الجمهورية العربية المتحدة .

وأن يتصرف في هذه الأجرة إلى الغير بواسطة حولة الحق .

ولكن يلاحظ في هذا الشأن أن الثرات تلحق بالعقار بمجرد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ومن ثم فقد يفاجأ الدائن بأجرة معجلة أو محولة عن مدة طويلة ، فيحرم على هذا النحو منها . بل وقد يؤدي ذلك إلى بخس قيمة العقار حينما يطرح للبيع بالمزاد . لهذه الاعتبارات وضع المشرع الحكم الذي جاء في المادة ١٠٤٦ ، وتنبغى بشأنه التفرقة بين قرضين .

١ - التعجيل بالأجرة أو تحويلها يتجاوز استحقاق ثلاث سنوات : هنا يقرر القانون بأن المخالصة أو الحوالة التي تزيد عن هذه المدة لا تنفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن . وتسجيلها قبل هذا التاريخ لا يضر بالدائن لأنه أقدم على ارتهاق العقار وهو على بينة منها ، فإن ارتضى ذلك فلا سبيل إلى شكواه .

أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لم يتم تسجيلها قبل قيد الرهن فلا يحتاج بها في مواجهة الدائن إلا في حدود ثلاث سنوات وذلك بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

٢ - التعجيل بالأجرة أو تحويلها لا يزيد عن استحقاق ثلاث سنوات : حكم المشرع في هذا الفرض بسريان المخالصة أو الحوالة إذا ثبت لها تاريخ محقق قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

على أنه يجوز للدائن أن يطعن في مثل هذه المخالصة أو الحوالة ، إذا استطاع أن يثبت أنها قد تمت بطريق التواطؤ مع المستأجر أو الدائن الجاهل إليه ، وذلك لأن الغش يفسد كل تصرف . ولا يصح القول هنا كما قدمنا من قبل بأن الطعن يؤسس على الدعوى البوليصية لأن شروط هذه الدعوى قد رسمها القانون ، وهي لا تتوافر إلا بإعسار المدين أو زيادة إعساره . وقد ذهب بجانب من الفقه إلى تأصيل مثل هذا الطعن بالاستناد إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، باعتبار أن التواطؤ يكون ركن الخطأ المتعمد ، ومن ثم يلتزم من ارتكبه بالتعويض عن الضرر المترتب عليه (١) .

(١) راجع ما تقدم فقرة ٧٦ بشأن تأجير العقار بشن بخس بتاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

أخيراً تنبغى الإشارة إلى أن المشرع فى تقنين المرافعات جاء فى المادة ٦٢٤ بأحكام مشابهة لما سبق لنا بيانه . ولكنه أضاف حكماً لم يشر إليه المشرع المدنى ومقتضاه أن المخالصة عن الأجرة أو الحوالة بها إذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية يجوز الاحتجاج بها مع ذلك عن استحقاق مدة سنة .

ويبدو لنا بشأن هذا التعارض وجوب ترجيح كفة تقنين المرافعات والأخذ بالحكم الذى استحدثته . ذلك أنه صدر فى تاريخ لاحق على التقنين المدنى ، وهو ينظم مركز الدائنين بصفة عامة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . ولعله أراد بهذا الحكم أن يستجيب إل حكم الواقع فيما يتصل بالمخالفات . فقلما يعنى المدين الذى يؤدى مخالصة وفاء عن استحقاق سنة ، أن يثبت تاريخها . ولهذا الاعتبار أجاز المشرع فى القانون المدنى اعفاء المخالفات من القيود المتعلقة بثبوت التاريخ (م ٣٩٥ الفقرة الثانية) (١) .

٧٨- بيع الثمار قبل جنيها :

نبادر باستبعاد الفرض الذى يتم فيه هذا البيع فى تاريخ لاحق على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لأن الثمار فى هذه الفترة يتعلق بها حق الدائن المرتهن بقوة القانون (٢) .

ولكننا نعالج الفرض الذى يكون فيه الراهن قد تصرف فى هذه الثمار قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وهو أمر مألوف . فكثيراً ما يبيع مالك الأرض الزراعية المحصول قبل جنيها أو الثمار قبل قطفها . فاحكم بيع مثل هذه المزروعات القائمة أو الثمار المتصلة ؟

(١) راجع رمزى سيف فى التنفيذ بند ٢٧٢ - محمد حامد فهمى ص ٣٤٦ هامش ٤ - وقارن أحمد أبو الوفا بند ٣٠٧ .

ويلاحظ أن المادة ٦١٩ من مشروع توحيد قانون المرافعات فى الجمهورية العربية قد استجاب إلى حكم المادة ١٠٤٦ فأزالت تعارضها مع المادة ٦٢٤ من قانون المرافعات المصرى وبذلك صار الحكم عاماً فى عدم نفاذ المخالصة أو تحويل الأجرة إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، حتى ولو كان فى حدود مدة سنة .

(٢) أنظر ما تقدم فقرة ٥٣ .

ذهب البعض إلى القول بأن هذا البيع لا يسرى في مواجهة الدائن المرتين باعتبار أن المزروعات والثمار لازالت في حكم العقار مادامت متصلة بالأرض لم تنزع منها ، وأن صفة المنقول التي خلعتها عليها كل من البائع والمشتري لا تنفذ في مواجهة الغير ، فلا يحتج بها إذن على الدائن المرتين . بل يستطيع أن يعتبرها من قبيل العقار حتى يتم فصلها عن الأرض (١) .

ولكن الرأي الراجح يحيز هذا البيع ، لأن الراهن قد أجراه في فترة كانت حرية متوافرة في استغلال العقار وفي قبض ثماره . وهو على هذا النحو بمثابة من يوثر أرضاً زراعية ويقبض الأجرة معجلة . ولذا فينبغي القول حتى ينفذ بيع الثمار قبل جنيها توافر تاريخ ثابت لهذا البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وذلك بطريق القياس على تعجيل الأجرة (٢) .

وقد يصطدم هذا الحكم بصعوبة تتعلق بتأصيله . لأن الثمار المتصلة بالأرض تعتبر من قبيل العقار ، فكيف السبيل إلى التصرف فيها بوصفها من المنقولات وهي لم تنزع من الأرض بعد .

على أنه يلاحظ في هذا الشأن أن قانون المرافعات في المادة ٥٠٤ نظم الحجز على الثمار المتصلة والمزروعات القائمة بوصفه حجزاً على منقول . وهو في ذلك الحكم قد استجاب إلى المصير الذي ستؤول إليه ، فاستبق الأحداث وعاملها على أساس طبيعتها المستقبلية ، باعتبار أن صفتها العقارية زائلة (٣) .

ولما كان هذا هو حكم القانون بشأن البيوع الجبرية ، وجب القول حتماً

(١) جارسونيه وسيزاربرو ، طول قانون المرافعات جزء ٤ بند ٣٦٣ - كوش الموجز في طرق التنفيذ بند ٢١٠ .

(٢) راجع في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٨ .

(٣) أنظر سان ألاري انسكلوبيدي دالوز الجزء الثاني ص ٨٤٧ بند ٩١ لفظ Fruit

بتمكين إرادة الأفراد من خلع الصفة المنقولة على الثمار قبل جنيها ، وإخضاع بيعها لحكم التصرف في المنقولات (١) .

فإذا ما سلمنا بذلك ، أمكن التسليم أيضاً بأن الراهن سلطانه مطلق في استغلال العقار المرهون ، وبالتالي له أن يبيع هذه الثمار قبل جنيها . وأن يقبض ثمنها . فإن تم ذلك البيع سرى أثره في مواجهة الدائن المرتهن . على أنه ينبغي حماية مركزه ، باشتراط ثبوت تاريخ البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وليس ذلك سوى احتياط يقصد به تفويت فرصة الغش على المدين ، باصطناع بيع كاذب حينما يشرع الدائن في التنفيذ على العقار ويتعلق حقه بثمرة .

بل ويجوز للدائن المرتهن أيضاً أن يطعن في هذا البيع حتى ولو تم في تاريخ سابق على تسجيل التنبيه ، إذا تيسر له أن يثبت تواطؤ الراهن مع المشتري يقصد الإضرار به . وقد يعرض ذلك في فترة يرتاب فيها الراهن من قرب التنفيذ على العقار ، فيعقد بيعاً يقصد به بالاتفاق مع الغير إبعاد الثمار عن متناول يد الدائن (٢) .

يظهر مما تقدم أن بيع الثمار المستحدثة قبل جنيها ينفذ في حق الدائن المرتهن مادام ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وغير مشوب بالغش . وليس ذلك سوى استجابة لطبيعة هذه الثمار بحسب مصيرها ، وتطبيق لحق الراهن في استغلال العقار المرهون والاستئثار بشمراته (٣) .

(١) أنظر اسماعيل غانم محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٨٧ . حسن كبير الحقوق العينية الأصلية ص ١ في حق الملكية فقرة ٣٢ وما بعدها .

(٢) راجع فريچا فيل « المنقولات بحسب المآل » رسالة من باريس ١٩٢٧ ص ٣٢٩ وما بعدها وأنظر أيضاً ما تقدم فقرة ٧٦ ، ٧٧ في أثر الغش على سلامة الايجار والتسجيل بالأجرة أو تحويلها وتأصيل الحكم الواجب الأخذ به على أساس مبدأ عام في الغش .

(٣) بلانيزول وريير وبيكيه جزء ١٣ فقرة ٢٩١ .

المطلب الثالث

سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون

٧٩ - هو الراهن في التصرف في العقار المرهون - تغييره بهرم

الاضرار بالرائع المرتهن :-

لا شك أن أعمال التصرف أخطر من تلك التي تقتضيها سلطة الاستعمال والاستغلال ، لأنها تتصل برأس المال وهو محل حق الدائن المرتهن . ويدور البحث أيضاً بشأنها عن مدى حق الراهن مديناً كان أم كفيلاً عينياً في أن يتصرف في العقار المرهون ، تصرفاً يرد عليه كله أو على جزء منه .

المبدأ الذي يحكم هذا البحث يدور حول الفكرة التي أشرنا إليها من قبل . فالراهن يحتفظ بحق التصرف في العقار المرهون ، ولكن بشرط عدم الإخلال بالضمان المقدم للدائن المرتهن . وهذا هو ما عبرت عنه المادة ١٠٤٣ بقولها « يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون^(١) ، وأى تصرف يصدره منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن . ويقرن بهذا الحكم ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٨ ، التي تقرر أنه إذا وقعت أعمال من شأنها أن تجعل العقار المرهون غير كاف للضمان جاز للدائن المرتهن أن يسعى إلى القاضى يسأله وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل الكفيلة بتوقي الضرر (١) .

يمكننا بشأن التصرفات أن نردها في هذه المناسبة إلى طائفتين . الأولى ترد على العقار ذون أن تغير طبيعته ، والثانية تصيب العقار في كيانه المادى فتنتقص منه وذلك بتجريد بعض أجزائه من الصفة العقارية .

(١) راجع ما تقدم فقرة ٧٢ بشأن التزام الراهن بضمان سلامة الرهن .

٨٠ - التصرفات التي لا تغير من طبيعة العقار :

هذا النوع من التصرفات الذي يرد على العقار فلا يغير من طبيعته لا يثير عادة صعوبات . فالأمر يحسم بشأنه بين الدائن المرتهن والمتصرف عليه على أساس واضح . هو أن العبرة بمن تكون له الأفضلية . والأفضلية هنا تحسب

بالأسبقية في الشهر . فيحتل الدائن المرتهن بالنسبة إلى هذه التصرفات مركزاً يستمد من تاريخ قيده للرهن . وعلى هذا النحو فكل تصرف يرد على العقار بعد هذا القيد ، لا يلحق الضرر بالدائن لأنه لا يسرى في مواجهته .

فإذا تصرف الراهن في العقار ببيع أو هبة إلى شخص آخر ، فالدائن المرتهن ينفذ حقه في مواجهة المتصرف إليه ، ويسمى بجائز العقار المرهون . وهو يستطيع أن يباشر تحت يد الحائز كل الحقوق التي حولها له القانون على النحو الذي سنفصله في دراسة التبع .

الأصل إذن أن الدائن ليس له أن يعترض على مثل هذه التصرفات التي لا تغير من طبيعة العقار ، ولا تنقص من كيانه المادي ، ملدام حقه لن يصاب بضرر ، وفي وسعه السعي إلى المتصرف إليه ليباشر في مواجهته كل ما يتضمنه حق الرهن من سلطات .

على أن جانباً من الفقه توقف أمام التصرفات التي ترد على جزء من العقار دون أن تتناول كله ، فأثار بشأنها التساؤل إذا كان من شأنها الانتقاص من قيمة العقار . وبذلك اتجه البعض إلى أن الدائن المرتهن له أن يتمسك بسقوط الأجل على أساس اضعاف التأمين (م ٢٧٣ مدني) ، إذا اقتطع الراهن جزءاً من العقار وباعه ، فترتب على هذا التصرف هبوط قيمته الاقتصادية . من ذلك مثلاً أن يكون العقار المرهون قصراً تحيط به حديقة . فتباع الحديقة بصفة مستقلة ، وتناثر تبعاً لذلك القيمة الاقتصادية للقصر (١) .

(١) موريل محاضرات في القانون المدني مع التعليق « آثار الرهن » باريس ١٩٤٢ ١٩٤٢ ص

بل هناك من يذهب إلى أبعد من ذلك ، فيقرر أن الدائن المرتهن له أن يدعى
إضعاف التأمينات وسقوط الأجل إذا باع الراهن عقاره على أجزاء إلى عدة
مشتريين مختلفين . بحجة أن هذا البيع المجزأ يرهق الدائن المرتهن ويضطره إلى
سعى متعدد لاستيفاء دينه ، بما ينطوي عليه من جهد ونفقة (١) .

هذا الاتجاه الأخير فيما يبدو لنا يسرف في الحرص على صالح الدائن فيقع
في مبالغة لا سند لها من القانون . وبعد فالقاضي وحده هو أقدر الناس على النظر
في ظروف الأحوال ليستخلص منها إذا كان هناك إضعاف للتأمين فيسقط الأجل ،
أم أن الراهن باشر سلطاته في النطاق الجائر المشروع فلا يتأثر أجل السدين
بتصرفه (٢) . وقد يعين القضاء في هذا الشأن استخدام المعيار العام للتعسف في
استعمال الحق ، وذلك بالموازنة بين المصالح التي يرمى الراهن إلى تحقيقها ،
وبين ما يلحق الدائن المرتهن من ضرر (م ٥ / ٢ مدني) .

ويلاحظ في هذا الشأن أن القانون في المادة ١٠٤٧ لا يسمح للدائن المرتهن
بالاعتراض على أعمال الراهن المتعلقة بالعقار إلا إذا كان من شأنها أن تنقص
الضمان انقاصاً كبيراً ، وقد روعي في إضافة هذا الوصف ما قد يفضي إليه تدخل
الدائن المتكرر من إرهاب أو إعانات للراهن (٣) .

على أننا آثرنا من قبل ألا نقف عند المعنى الحرفي لعبارة الإنقاص الكبير .
ولنما يبدو لنا وجوب تقريبها من نص المادة ١٠٤٨ / ٣ التي تقضي بأنه إذا «

(١) أوبري ورو جزء ٣ بند ٢٨٦ ص ٥٨٢ .

(٢) يلاحظ في هذا الشأن أن خير وسيلة فعالة تجنب الدائن جهد التتبع ونفقاته ، هي أن يشترط في
عقد الرهن منع الراهن من التصرف . وهو شرط جائز ما دام الباعث عليه مشروعاً ، والمدة المحددة له
معقولة . وهذا هو ما تلجأ إليه دائماً بيوت الائتمان العقاري ، وما يرد دائماً في عقود بيع الأراضي الخاصة التي
تبيعها مصلحة الأملاك إلى الأفراد ، ضماناً لاستيفاء الثمن المقسط وبذلك تتفادى تتبع العقار إذا
ما اضطرت إلى التنفيذ عليه بمقتضى حق امتياز البائع .

(٣) راجع ما سبق بيانه في التزام الراهن بضمان سلامة الرهن فقرة ٧٢ ، وحقه في استغلال
العقار المرهون فقرة ٧٤ .

وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال وإتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » .

وبذلك يكون معيار تدخل الدائن المرتهن فى إيقاف أعمال الرهن ، أو المطالبة بسقوط الأجل إذا كان تصرفه قانونيا وتم شهره فأصبح نافذا ، هو مدى كفاية الضمان . ويستطيع القاضى ، مستهديا بهذا المعيار أن يستخلص من ظروف الواقع ، أثر تصرف الرهن على كفاية الضمان المقرر للدائن . فاذا قدر أن التصرف أفضى إلى عدم تمكين الدائن من استيفاء حقه ، جاز له الحكم بسقوط الأجل ، أو استكمال الضمان للحد الذى يصون حق الدائن (الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨) (١) .

٨١ - التصرفات التى تنتهك من الكيان المادى للعقار :

نعنى بالتصرفات التى تصيب الكيان المادى للعقار تلك التى يترتب عليها زوال الصفة العقارية عن بعض أجزائه واعتبارها من المنقولات . هذه التصرفات تظهر خطورتها على حق الدائن المرتهن . فهى من ناحية تضعف القيمة الاقتصادية للعقار فتؤدى إلى إضعاف الضمان ، ومن ناحية أخرى تثير النزاع بين الدائن المرتهن والمتصرف إليه .

أما إضعاف الضمان فأمره هين ، لأن الجزاء العام يسهل الدائن بشأنه ، فيخول له المطالبة بإسقاط الأجل وحلول استحقاق الالتزام . ولكن ماذا يكون الحال إذا لم يرغب الدائن فى سقوط الأجل ، بل أراد المحافظة على الضمان كما هو . بل وقد يطالب بسقوط الأجل والتنفيذ على العقار بكافة عناصره دون نقصان . فإلى أى مدى يثبت له الحق فى إيقاف مثل هذه التصرفات والمحافظة على الكيان المادى للعقار ، وبالتالى صيانة كيانه الاقتصادى .

هنا يتعين علينا أن نتأمل فى تصرفات ترد على ما يسمى بالمنقولات بحسب المال ، ثم تلك التى تتناول العقارات بالتخصيص .

٨٢ - التصرفات الواردة على منقولات بحسب المآل :

تنصب هذه التصرفات على عقارات بطبيعتها بحكم التصاقها بالأرض .
ولكن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى إزالة الصفة العقارية عنها .

وقد مضت الإشارة إلى أن قانون المرافعات عامل المزروعات القائمة والثمار المتصلة معاملة المنقول رغم كونها من قبيل العقارات بحكم اتصالها بالأرض (١) واستجاب التقنين المدني إلى هذا الاتجاه أيضاً . فاعتبر كل امتياز يرد عليها في عداد الامتيازات الواردة على المنقول (٢) .

بينما بشأن هذه الثمار أن الراهن يملك التصرف فيها قبل جنيها بوصفها من المنقولات ، وذلك تطبيقاً لحرية في استغلال العقار المرهون ، والاستثمار بشمراته . هذه الحرية لا تنقيد إلا بتسجيل تنبيه نزع الملكية ، حيث يتعلق حق الدائن بالثمار بقوة القانون .

ولكن الأمر يدق بالنسبة إلى غير الثمار ، ويدور البحث بشأنها حول حق الراهن في وصف بعض الأشياء بأنها منقولة رغم اتصالها بالأرض اتصال قرار ، وحكم النزاع الذي قد يقع بين الدائن المرتهن والمتصرف إليه .

من ذلك مثلاً أن يبيع الراهن منزلاً بقصد هدمه وحصول البائع على أنقاضه ، أو يتصرف في أشجار بقصد قطعها . وليس المقصود هنا القطع الذي له صفة الدورية والتجدد فهو يخضع لحكم الثمار ، وإنما نعني به الذي يتم في أوقات غير دورية فيصيب العقار في جوهره . كذلك أيضاً يدخل في عداد هذه التصرفات بيع كمية من الأحجار بقصد استخراجها من محجر .

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٧٨ .

(٢) جاء في المادة ١١٤٢ أن المبالغ التي تصرف في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد يكون لها امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه . وكذلك تقرير م ١١٤٣ أن امتياز مؤجر الأرض الزراعية يقع على المحصول ، وكل هذه امتيازات واقعة على منقول .

استقر الفقه الحديث على تمكين الإرادة من تغيير الوصف القانوني للأشياء، وذلك باتجاهها إلى خلع الصفة المنقولة على عقارات حالية ، وبشرط أن تظهر نية المتعاقدين بصفة جديدة في تخير هذا المصير المستقبل (١) .

على أن مثل هذه التصرفات المتقدمة تسمى إلى مركز الدائن المرتهن بإضعاف الضمان الذي يعتمد عليه ، ولذا يدور البحث حول سبيل حمايته ، ومدى قدرته على إنكار هذا الوصف الذي انفرد به الراهن مع من تصرف إليه .

اتجه الرأي الأول يسنده قضاء محكمة النقض الفرنسية حتى الآن إلى أن بيع المنقولات بحسب المآل هو بيع منقول فيما بين المتعاقدين ، وبيع عقارى بالنسبة إلى الغير . ومن ثم يلزم لسريانه في مواجهة الدائن المرتهن أن يكون مسجلا قبل قيد الرهن شأنه في ذلك شأن أى تراحم بين تصرفات قانونية ترتب على العقار حقوقاً عينية (٢) .

هذا الرأي محل انتقاد، لأنه يجعل للتصرف المتقدم طبيعة مركبة . بل ويعطى للشيء الواحد وصفين مختلفين . ولا يصح لتأييده القول بأن أثر الاتفاقات لا يتعدى أطرافها . فالأمر هنا لا يتعلق بالاحتجاج على الغير بالالتزامات الواردة في العقد ، والتي يكون أثرها قاصرا على المتعاقدين . وإنما يتصل بوصف ورد على شيء بحكم المصير الذي سيؤول إليه . وبالتالي فانطلاق أثر هذا الوصف ينصب على واقعة معينة هي الوصف الإرادى للشيء بحكم المصير

(١) أنظر فريجافيل « المنقولات بحسب المآل » رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٢١٦ وما بعدها - سان الارى انسكلويدى دالوز الجزء الثانى ص ٨٤٠ بند ٤٤ وما بعده - بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ بند ٩٠١ . راجع أيضا اسماعيل غانم محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٨٧ ، ودروسه في الحقوق العينية الأصلية الاسكنلرية ١٩٥٣ « على الآلة الكاتبة » ص ٣٠ - حسن كبره الحقوق العينية الأصلية ج ١ فقرة ٣٢ وما بعدها .

(٢) نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر ١٩٤٩ سيري ١٩٥٠ القسم الأول ص ١٠٠ ، ٧ يناير ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ ص ١٩٧ ، وانظر أيضا المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٥٠ ص ٢٠٣ .

الذى سيؤول إليه ولا يتناول الالتزامات التي يتضمنها العقد (١).
وقد ذهب جانب آخر من الفقه (٢) إلى أن التزامم الذى ينشأ بين الدائن
المرتهن ، وبين المتصرف إليه هو التزام بين حق عيني عقارى ، وحق منقول ،
باعتبار أن الأساس فى تحديد طبيعة الحق هى بالوصف الذى يعطى لمحلله . ولذا
فالعبرة بشأنه هى الأسبقية فى التاريخ .

هذا رأى الأخير يصلح أساساً لتفصيل ما نريد أن نقدمه من أحكام .
وقوامها التفرقة بين تصرف الراهن الذى يقع قبل تقرير الرهن ، وذلك الذى
يتم بعد هذا التاريخ . على أن تلك الأحكام تبدأ من أساس هام . وهو الاعتراف
للإرادة بسلطان فى تغيير الوصف القانونى للأشياء ، مادامت النية صادقة فى
إدراك هذا الوصف ، وكانت ظروف الاتفاق تنبئ وتؤدى إلى تحويل أجزاء
من العقار إلى منقولات (٣) .

وقوع التصرف فى تاريخ سابق على الرهن : الفكرة الأساسية فى اعتبار
العقار منقولات بحسب المآل هى اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تقرير هذا الوصف .
والقاعدة العامة التى تحكم انتقال ملكية المنقول وردت فى المادة ٢٠٤ من التقنين
المدنى . ويستفاد منها أن المنقول إذا كان معيناً بالذات انتقلت ملكيته فور نشأة
العقد . أما إذا كان انتعيين نوعياً فقط ، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز . هكذا
تحدد المشكلة التى أمامنا . وقوامها هل يعتبر التصرف فى عقار بوصفه من

(١) فايل « نسبة آثار الاتفاقات فى القانون الخاص الفرنسى » رسالة من ستراسبورج ١٩٣٨
ص ٢٦٥ - راجع فى هذا المعنى أيضاً حسن كبيره المرجع السابق ص ١١٠ . وهو يقرر أنه إذا
كان من الثابت أن العقار يمكن أن يكتسب وصف المنقول بالمآل إذا توافرت شروط هذا
الاكتساب ، فإن هذا الوصف ليس بالوصف النسبى الذى يقتصر سريانه على المتعاقدين وحدهما .
وإنما هو وصف يسرى كذلك فى حق الغير على السواء .

(٢) جان مارى أوسيل « دراسة فى معنى الغير فى القانون المدنى الفرنسى » رسالة من تولوز
١٩٥٢ ص ١٣٢ .

(٣) وعلى هذا النحو لا يصدق هذا الوصف على مجرد بيع منزل وتوافر النية الاحتمالية لهدمه .
ومن باب أولى لا يقوم له وزنا إذا قصد به التهرب من رسوم التسجيل . والمعيار الدقيق فى هذا
الشأن هو الشروع فعلاً فى عملية الهدم ، أو البدء بقطع الأشجار وانتزاع الأحجار .

المنقولات بحسب المآل تصرفاً في عقار ، فلا يسرى في مواجهة الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلاً قبل قيد الرهن . أم أنه يعتبر تصرفاً وارداً على منقول فيأخذ حكم مثل تلك التصرفات . وبعبارة أخرى ما هو مدى سلطان الإرادة في تغيير الوصف القانوني للأشياء ، وتأثير حق للدائن المرتهن بهذا الوصف . إذا ورد تصرف الراهن على شيء غير معين بالذات ، فالأمر هنا يسير مرده إلى تطبيق القواعد العامة في الالتزام (١) .

ومثال ذلك أن يبيع الراهن كمية من الأحجار بقصد اقتطاعها . نكون في هذا الصدد أمام تعيين نوعي للمبيع ، ينقصه الإفراز حتى تنتقل الملكية . هذا التصرف لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان على علم به . أي يشترط أن يكون الدائن على بينة من أن الراهن تعاقد مع الغير على اقتطاع أحجار من العقار . هذا الشرط يستفاد من القواعد العامة في انتقال التزامات السلف إلى الخلف الخاص . ويكفي أن يساق في هذا الشأن نص المادة ١٤٦ الذي يقضى بأنه إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه (٢) .

غني عن البيان أن الدائن المرتهن إذ يتلقى حقاً عينياً على الشيء يصدق عليه وصف الخلف الخاص ، وبالتالي فهو يتأثر بالحقوق والالتزامات الشخصية المتصلة بالشيء الذي اكتسب عليه حقه بشرط أن يكون على بينة من وجودها . واشتراط العلم على النحو المتقدم يجنب الدائن المرتهن مخاطر المفاجأة ، بظهور شخص يدعى أنه اشترى كمية من الأحجار من جوف العقار فينتقص بذلك من قيمة التأمين .

(١) ويلاحظ في هذا الفرض أن التصرف لا يتولد عنه حق عيني للمتصرف إليه مادام الشيء لم يتم إفرازه . وإنما يقتصر الأمر على نشوء حق شخصي للمتصرف إليه قبل المتصرف .

(٢) انظر في هذا المعنى اسماعيل غانم النظرية العامة في الحق . ص ٩٨ — حسن كبير المرجع .

هذا هو حكم تصرف الراهن إذا ورد على شيء معين غير محدد بالذات ، ولكنه معين بالنوع . ولكن ترداد المسألة دقة إذا ورد تصرف الراهن على شيء معين بذاته ، كما لو باع منزلاً بقصد هدمه وحصول المشتري على أنقاضه ، وحدد المنزل المراد هدمه . هنا وطبقاً للقواعد العامة في الالتزامات تنتقل الملكية فور التعاقد (م ٢٠٤ مدني) ؟

ولكن الواقع أن هذا المنزل لا زال عقاراً متصلاً بالأرض ، ومن ثم يبدو أنه ليس من العدالة أن نقرر بصفة مطلقة سريان هذا البيع ، باعتباره قد ورد على منقولات معينة بالذات على الدائن المرتهن . لأن اتجاه إرادة الراهن والمتصرف إليه إلى تغيير صفة العقار وافترض أنه منقول على أساس مصيره المستقبل . لا ينبغي أن يضر بحق الدائن المرتهن الذي تقرر رهنه وهو مطمئن إلى الواقع المأموس بوجود هذا المنزل ، والتحاقه بالأرض بوصفه من العقارات بقوة القانون .

ليس للقضاء المصري فيما أعلم توجيهات في هذا الصدد . وقد ذهب القضاء الفرنسي في أحدث أحكامه إلى أن بيع العقار على أنه منقول بالمآل لا يحتاج به على الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلاً قبل قيد الرهن (١) . أي أنه يخضع لأحكام بيع العقار . وقد استهدف هذا القضاء لنقد من الفقه الغالب ، فأخذ عليه ، كما مضت الإشارة ، تقرير طبيعة مزدوجة لتصرف واحد . إذ أنه يقرر أننا بصدد بيع منقول بين المتعاقدين وبيع عقار بالنسبة إلى الغير .

ولعله من اليسير الاهتمام إلى حل يحقق حماية الدائن المرتهن على ضوء ما قدمناه بشأن البيع الوارد على شيء معين بالذات . فقد علمنا أن هذا البيع الأخير إذ يرتب مجرد التزامات شخصية لا ينفذ في حق الدائن المرتهن بوصفه خلف خاص ، إلا إذا كان على علم بتقرير حق المتصرف إليه . أما هنا ، وبمناسبة البيع الوارد على شيء معين بالذات ، فنحن بصدد بيع نقل

(١) نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر ١٩٤٩ سي ١٩٥٠ قسم ١ ص ١٠٠ ، ٢٧ يناير ١٩٤٧

دالوز ١٩٤٧ ص ١٩٧ .

الملكية فعلا إلى المشتري . وإنما يراعى من ناحية أخرى أننا أمام تغيير لطبيعة الشيء وقع باتجاه إرادة المتعاقدين إلى ذلك. هذا التغيير الإرادى لوصف الأشياء لا ينبغى أن يضر بالغير فيحتاج به عليهم ، إلا إذا كانوا على علم به .

فإن كنا أعفينا الراهن والمتصرف إليه من تسجيل بيع ورد على منزل بقصد هدمه والحصول على أنقاضه ، فلا أقل من أن نقرر للدائن المرتهن الحق في اعتبار هذا المنزل عقاراً مادام أنه يجهل هذه الإرادة .

أما إذا كان على علم بالتصرف فهنا تنتفى الحكمة من حمايته ، فهو إذ تعامل مع الراهن كان على بينة من مصير العقار ، ومن ثم لم تهدر ثقته المشروعة ، ولم يفاجأ بإنقاص أو إضعاف تأمين عقارى اعتمد عليه (١) .

بقيت مسألة هامة تتصل بتقدير علم الدائن المرتهن بوجود هذا التصرف . هل يكفي مجرد إفراز أجزاء العقار التي اتجهت إرادة الأفراد إلى نزاعها ، بوضع علامات عليها مثلاً . اتجه الفقه الراجح في فرنسا إلى القول بأنه حتى هذه اللحظة تكون حيازة المتصرف إليه مشوبة باللبس والغموض . ومن ثم فمجرد الإفراز لا يكفي لتوافر علم الدائن المرتهن بوجود حق المشتري لمقولات بحسب المآل ، وعلى هذا النحو فللدائن أن يباشر حقه على العقار بكافة ما يتضمنه من سلطات . ذلك أن الإفراز على النحو المتقدم لا يمنح إلا حيازة رمزية ، وهي في غموضها لا تنهض وحدها حجة لا فراض علم الدائن المرتهن بالتصرف (٢)

(١) في هذا المعنى اسماعيل غانم دروس في الحقوق العينية الأصلية الاسكندرية ١٩٥٣ ص ٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ ص ١٦٠ - موريل « محاضرات في آثار الرهن » ص ١٦٨ . أنظر أيضا بودان وفوادان جزء ٤ رقم ١٠٩ . راجع حسن كبير المرجع السابق ص ١١١ في تفصيل بيع المنقول بالمآل بصفة عامة . وهو يقرر أن هذا البيع لا يحتاج به في مواجهة الغير إلا إذا كان مشتريه حائزاً له وقت ترتب حقوق الغير . والمقصود بالحيازة هنا وجود أعمال مادية ظاهرة تدل عليها ، بأن يكون المشتري قائماً بما يتطلبه تحويل العقار المعتبر منقولاً بالمآل إلى منقول بالطبيعة من فصله عن أصل ثباته واستقراره . وتقوم الحيازة بوصفها المتقدم بمهمة العلانية الفعلية الكافية لتنبيه الغير وحمايته . وميزة هذا الرأي هو توفير الحماية للغير دون اشتراط التسجيل ، الأمر الذى يتأدى بنا إلى تقرير طبيعة مزدوجة لشيء واحد بالنسبة للمتعاقدين وفي مواجهة الغير .

لذلك يشترط حتى يعتبر المتصرف إليه حائزاً جديراً بالحماية ، ويفترض أن الدائن المرتهن على علم بحقه ، أن يكون المتصرف إليه قد شرع فعلاً في هدم البناء ، أو استخراج المعادن والأحجار ، أو قطع الأشجار .

وقوع التصرف بهم تقرير المرهون: هنا لا تعرض الصعوبات المتقدمة . إذ نكون بصدد تصرف ينتقص من الكيان المادي للعقار ، فلا جدال إذن في أنه يضر بحق الدائن المرتهن ويضعف التأمين . وبالتالي فأول ما يثبت له من حقوق هو التمسك بسقوط الأجل . فإذا لم يتخير ذلك فله وفقاً للمادة ١٠٤٧ ، والفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ أن يطلب إلى القاضي وقف أعمال الهدم أو القطع ، وله إن مست الحاجة في أحوال الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من وسائل تحفظية كتعيين حارس . إذ ما دامت المنقولات لا زالت بعد انتزاعها موضوعة في العقار ، يستطيع الدائن المرتهن أن يتدخل لمنع نقلها .

لكن ما هو الحكم إذ انقلت هذه المنقولات وتسليمها المشتري فعلاً ؟ هل يعتبر حائزاً حسن النية . القاعدة العامة أن الشخص لا يتوافر لديه حسن النية ، إلا إذا حاز الحق وهو يجهل الاعتداء على الغير ، ولا يعتد بالجهل الناشئ عن الخطأ الجسيم (م ١/٩٦٥ مدني) أليس من الخطأ الجسيم إذن أن يقدم شخص على شراء منزل بقصد هدمه دون أن يتحرى عن الحالة القانونية لهذا العقار ، ليطمئن إلى سند ملكية المتصرف ، ومدى تعلق حقوق الغير بالعقار . ولذلك يبدو لنا أن إهمال المشتري في الكشف عن حالة العقار في أحد مكاتب الشهر المختصة يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي ينفي عنه حسن النية ، وبالتالي يحق للدائن المرتهن أن يعامله على هذا النحو (١) . فإذا كانت المنقولات لازالت في العقار المرهون ، له أن يمنعه من نقلها . وإن كان قد تسليمها فعلاً فله أن يستردها منه (٢) . ولو انتقلت فيما بعد إلى يد حائز حسن النية . ولم يكن دفع

(١) في هذا المعنى أيضاً حسن كيره المرجع السابق ص ١١٢ .

(٢) ويلاحظ في هذا الشأن أن المتصرف إليه قد يكون حسن النية إذا تم التصرف في تاريخ سابق على قيد الرهن ، لأنه حينئذ لا يمكن أن ينسب إليه الخطأ في عدم التحري عن حالة العقار . على أنه في هذه الحالة وكما بينا في المتن ، لا تكن الحيازة الفاعضة بل يجب أن يكون تد شرع في هدم البناء أو نزع الأشجار واقتطاع الأحجار .

ثمها : فإن حق الدائن المرتهن يتعلق بهذا الثمن ويستطيع أن يحجزه تحت يد هذا الحائز . وغنى عن البيان : كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، أن الدائن له أيضاً أن يتمسك بإسقاط الأجل عن الالتزام المضمون باعتبار أن الراهن قد أتى أعمالاً من شأنها إضعاف قيمة التأمين .

يتضح إذن من كل ما تقدم أن حماية الدائن المرتهن لا تتعارض من احترام سلطان الإرادة في تغيير الوصف القانوني للأشياء . فليس ثمة ما يمنع من التصرف في عقار على أنه من المنقولات وذلك استجابة لما سيؤول إليه مصيره في المستقبل القريب . وتكييف هذا التصرف على النحو المتقدم يخضع لتقدير القاضي يستخلصه من انصراف نية المتعاقدين الجدية في تحويل العقار إلى منقولات وتوافر العناصر اللازمة لجعل هذه النية أمراً محقق الوقوع .

على أن كل ذلك لا يسيء إلى مركز الدائن المرتهن الذي تعلق حقه بالعقار وبكل ما اتصل به اتصاف قرار . ومن ثم فمثل هذا التصرف إذا وقع قبل تقرير الرهن ، فهو لا يحتاج به عليه إلا إذا كان على علم به . وإذا أجرى بعد هذا التاريخ له أن يتخذ كافة الوسائل القانونية للمحافظة على حقه ، ولا يتعرض في هذا الصدد للخطر إلا إذا انتقلت المنقولات فعلاً إلى يد حائز اعتصم بحسن نيته ، وحتى في تلك الأحوال له أن يحجز الثمن تحت يده إن لم يكن أداه .

٨٣ - العقارات بالتخصيص .

يمتد حق الدائن المرتهن بحكم القانون إلى المنقولات المخصصة بإرادة المالك لخدمة العقار أو استغلاله . وهي التي تسمى بالعقارات بالتخصيص . ولا يشترط في هذا الشأن أن ينص في عقد الرهن على تعلق حق الدائن المرتهن بها (١) ، لأنها

(١) أنظر حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض ١٤ يناير ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لتبويب الأحكام سنة ٥ عدد ٢ ص ٢٠٤ وقد جاء فيه « تعتبر العقارات بالتخصيص ضمن ملحقات العقار ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك . ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه ، فالراهن هو المكلف بإثبات أن المنقولات موضع النزاع لا يشملها عقد الرهن » . راجع أيضاً ما تقدم فقرة ٥٣ ص ١٦١ .

تأخذ حكم العقار الأصلي بوصفها من توابعه . وإذا أراد الراهن أن يجعل حق الدائن غير شامل لها . وجب النص على ذلك صراحة .

التساؤل الذى يعنينا فى نطاق بحثنا الآن هو مدى حق الراهن فى أن يتصرف فى العقارات بالتخصيص بوصفها منقولات ؟ وكيف يحسم النزاع الذى يقوم بين مشتري هذه المنقولات وبين الدائن المرتهن للعقار ؟ مثال ذلك أن يبيع الراهن آلات زراعية أو مواشى مخصصة لخدمة الأرض . إزالة صفة العقار عنها بالتصرف فيها يمس وعاء الأفضلية ، ويترتب عليه إنقاص الضمان الذى يعتمد عليه الدائن المرتهن . فكيف السبيل إذن إلى حمايته ؟

الفكرة الأساسية التى تحكم العقارات بالتخصيص ، هى أنها اكتسبت الصفة العقارية على سبيل الافتراض وبسلطان إرادة مالك المنقولات والعقار الذى رصدت لخدمته . ومن ثم فتغيير تخصيصها ، باستعمالها استعمالاً آخر ، أو بالتصرف فيها ، يخضع فى الأصل لمشيئة المالك . ولكن هذا المبدأ يتقيد . حيث يتعلق حق الدائن المرتهن بالعقار . فهو يمتد بحكم القانون إلى العقارات بالتخصيص ، وعلى هذا النحو يودى تصرف الراهن فيها إلى إضعاف التأمين والانتقاص منه .

على ضوء تقدير الحكمة من هذا القيد ، لا يجوز للدائن المرتهن أن يعترض على تصرف الراهن فى عقارات بالتخصيص ، إذا قصد به تحقيق منفعة ، أو اضطر إليه لعدم صلاحيتها لأداء الغرض الذى رصدت له . مثال ذلك أن يبيع المواشى أو الآلات المخصصة لخدمة الأرض لاستبدالها بغيرها .

ولكن الأمر يختلف إذا كان فصل العقارات بالتخصيص والتصرف فيها يضعف قيمة التأمين . هنا يحق للدائن المرتهن أن يبدى اعتراضه ، وله فى هذا السبيل عدة وسائل .

فهو يستطيع بطبيعة الحال أن يلجأ إلى الجزاء العام المقرر فى المادة ٢٧٣ فيتمسك بإسقاط الأجل ، ويطالب بالأداء الفورى للالتزام إذا ما توافرت

شروط تطبيق هذه المادة (١) يبدو لنا في هذا الصدد أن الدائن لا يجوز له الاستعانة بهذا الجزاء إلا بالنسبة إلى المنقولات التي كانت مخصصة لخدمة العقار وقت انعقاد الرهن . أما تلك التي أجرى تخصيصها في تاريخ لاحق ، فهو لم يعول عليها يوم أن منح ائتمانه للمدين . وبالتالي لا ينبغي أن يحتج بالتصرف فيها لتمسك بسقوط الأجل (٢) .

على أن الدائن ، وأيا ما كان تاريخ تخصيص المنقولات لخدمة العقار ، يستطيع أن يسلك طريقاً آخر ، للمحافظة على التأمين ، وهي رد المدين عن كل محاولة من شأنها الانتقاص منه . وهنا يعرض النزاع في صورته الحية بين حق الدائن المرتهن وحق المتصرف إليه ، وينبغي لاتخاذ موقف منه أن نفرق بين فرضين .

١ - بقاء المنقولات في مكان التخصيص : في هذه الحالة يجوز للدائن المرتهن الاعتراض على نقلها ، والاستعانة بالقضاء للمحافظة على حقه ، واتخاذ ما يلزم من إجراءات في هذا السبيل كتعيين حارس بصفة خاصة .

هذا الحكم ليس سوى مجرد تطبيق لنص المادة ١٠٤٧ التي تلتى على عاتق الراهن التزاماً بضمان سلامة الرهن ، وتمنح الدائن الحق في الاعتراض على كل ما يهدده . على أنه ينبغي الإشارة هنا ، كما سبق البيان ، إلى أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قد قصرت تدخل الدائن على الأحوال التي يترتب فيها على أعمال الراهن إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً . وقد أضيفت هذه الصفة للحد من إسراف الدائنين في التدخل على نحو يتضمن الإرهاق والعنت (٣) .

(١) يشترط لتمسك الدائن المرتهن بسقوط الأجل أن يكون الضمان قد ضعف إلى حد كبير (م ٢٧٣ / ٣) ومعنى ذلك أن يكون قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين كما ذكر صراحة في لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيلي للتقنين المدني . راجع ما تقدم فقرة ٧٢ ، وانظر السهموري الوسيط ص ٣٠١ .

(٢) في هذا المعنى بيدان وفواران جزء ١٣ بند ٣٥٤ ص ٣٦٤ .

(٣) مجموع الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٥٠ .

وبذلك أصبح القضاء هو صاحب التقدير بشأن خطورة ما يقدم عليه الراهن من أعمال ومدى تأثيرها على قيمة الضمان المقدم للدائن . ولكنه ينبغي أن يراعى في هذا التقدير أن حق الدائن المرتهن يتعلق بالعقارات بالتخصيص بقوة القانون ، وأن الرهن لا يتجزأ فلا يجوز للمدين أن ينفرد بتصرف ينقذ العقار عنصراً من عناصره . وهنا نلمس أن الإضافة التي جاءت بها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تصطدم بالقواعد العامة في الرهن . ولعله كان من الأفضل الإبقاء على الصياغة المقترحة من واضعي المشروع التي كانت قاصرة على إنقاص الضمان دون وصفه بأن يكون كبيراً (١).

وأياً ما كان الأمر فتي ثبت للدائن المرتهن حق الاعتراض على نقل المنقولات ، جاز له أن يباشره حتى في مواجهة المتصرف إليه حسن النية . ولا يستطيع هذا الأخير أن يعتصم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز . فهي لا تصدق عليه إلا إذا حاز المنقولات فعلاً حيازة ظاهرة لا غموض فيها (٢) .

ولحكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد قضاء جدير بالذكر يعبر عن معنى الحيازة الفعلية الواضحة . فقد تصرف صاحب مصنع مرهون في عقارات بالتخصيص رصدت لاستغلاله . ثم جاء مشتري هذه المنقولات واستأجر المصنع من الراهن ، وأبقى على تخصيصها كما كانت من قبل . على أن ذلك لا ينفي أنها قد تجردت من الصفة العقارية رغم استمرار تخصيصها لخدمة العقار لتخلف شرط اتحاد المالك . فالمستأجر يملك المنقولات ولكنه لا يملك المصنع . ادعى الدائن المرتهن تعلق حقه بالعقارات بالتخصيص ، فاحتج عليه بأنها فقدت هذه الصفة . ومع ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بحقه في اعتبارها من ملحقات العقار ، رغم زوال صفتها كعقارات بالتخصيص ، وذلك لأن

(١) ولم يكن في الإبقاء على صياغة واضعي المشروع أي خطر على الراهن . لأنه يستطيع أن يدفع كل تدخل يبدو فيه الإسراف والعنت بالاستعانة بالقواعد العامة في التعسف في استعمال الحق حيث قرر المشرع إن استعمال الحق لا يكون مشروعاً إذا كانت المصلحة التي يرى إليها صاحبه قليلة الأهمية لا تتعادل البتة مع ما يعود على الغير من ضرر (م هـ من التقنين المدني) .

(٢) راجع في هذا المعنى حسن كبره المرجع السابق ص ٩٩ .

حيازة المستأجر حيازة غامضة يشوبها اللبس (١) .

٢ - نزع المنقولات من مكان تخصيصها وتسليمها للحائز : لا تثور صعوبة إذا كان هذا الحائز سيء النية ، ففي وسع الدائن المرتهن أن يستردها منه .

أما إذا كان الحائز حسن النية ، وتسلم المنقولات فعلا ، فهنا يصطدم حق الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، ويمتنع عليه تتبعها ، ولا يبقى أمامه سوى أن يباشر الأفضلية على ثمنها ، فيحق له أن يحجزه تحت يد المشتري إن لم يكن قد دفعه بعد (٢) .

هذه الأسس التي تحكم تنازع الدائن المرتهن مع المتصرف إليه . على أن ثمت تنازع آخر قد يحدث في العمل نكتفي بالإشارة إليه الآن ، ونحيل في بحثه إلى موضع دراسته . وهو يتعلق بامتياز بائع المنقولات المخصصة لخدمة العقار . فإن لم يكن قد حصل على الثمن ، فهنا يتعارض امتيازاه مع حق الدائن المرتهن (٣) .

٨٤ - تواطؤ الراهن مع الغير بقصد الاضرار بالدائن المرتهن :

بقي الآن أن نشير إلى مسألة أخيرة ، وهي حكم تواطؤ الراهن مع الغير بقصد الاضرار بالدائن المرتهن (٤) .

(١) نقض فرنسي أول ما يؤيد ١٩٠٦ منشور في دالوز ١٩٠٩ القسم الأول ص ٣٤٥ . راجع أيضا تعليق سان ألابي على حكم محكمة إكس في الأسبوع القانوني ١٩٥٠ القسم الثاني ص ٥٥٧١ . وانظر بيير رينو انكلويدى دالوز جزء ٢ ص ٩١٩ بند ٢٢٢ وما بعده .

(٢) وقد رددت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذه الأحكام بقولها « إذا نزع الراهن شيئا من العقار المرهون أو من ملحقاته كما إذا باع مواشى كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة فوقع في حيازة مشتر حسن النية ، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان . أما إذا لم يتسلمها المشتري وهو سيء النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن » . مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٤٩ . انظر أيضا بلانيول وريبير وبيكبه جزء ١٣ بند ٩٠٢ . حسن كيره المرجع السابق الإشارة السابقة .

(٣) انظر ما يلى في دراسة وعاء الأفضلية التي يتمتع بها الدائن المرتهن ، وامتياز بائع المنقول في الباب المخصص لحقوق الامتياز .

(٤) راجع فيما تقدم في أثر الغش على تصرفات الراهن الفقرات ٦٨ مكرر ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ،

تعرض هذه المسألة بصدد التصرفات القانونية التي يعقدها الراهن في حدود سلطاته ، دون أن يكون للدائن المرتهن الحق في الاعتراض عليها . من ذلك مثلاً أن يؤجر العقار مدة تتجاوز تسع سنوات ويسجل هذا الإيجار قبل قيد الرهن ، أو يعقده لمدة تقل عن تسع سنوات وبتاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو يقبض أجره معجلة عن ثلاث سنوات ويحصل على مخالصة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو يبيع ثماراً متصلة قبل جنيها . أو يتصرف في عقارات بالتخصيص في تاريخ سابق على انعقاد الرهن .

كل هذه التصرفات المتقدمة يثبت للراهن كفاءة عامة الحق في إجراءاتها لأنها تدخل في نطاق سلطاته . ومع ذلك فقد تم بقصد الإضرار بالدائن المرتهن وتعقد بالتواطؤ مع الغير على إدراك تلك الغاية . هنا يتوافر الغش ، ويتعين النظر في أمر تلك التصرفات . والمألوف دائماً أن من يرتكب الغش لا يفصح عنه في وثيقة قد تؤخذ عليه . ولعل ذلك هو طابع الغش وموطن خطورته . فهو يكمن في رداء مشروع يخفى به الشخص موقفه ، ويستعين على إدراك غايته بتصرف قانوني تتوافر فيه عناصر الصحة والسلامة . فيظهر على هذا النحو خالياً من شبهة الطعن من ذلك مثلاً أن يعقد الراهن قبل قيد الرهن إيجاراً طويل الأجل بالتواطؤ مع الغير ، وذلك بقصد وضع عقبات في سبيل بيع العقار المرهون إذا شرع الدائن في التنفيذ عليه . أو يعقد إيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ولكنه بأجر بخس . وقد يستشعر الراهن قرب التنفيذ على العقار فيبادر بقبض أجره معجلة عن استحقاق ثلاث سنوات ، ويثبت تاريخ المخالصة ليخلع عليها صفة شرعية ، وكذلك الحال أيضاً في بيع الثمار المتصلة قبل جنيها وقبض ثمنها .

استقر الفقه والقضاء في فرنسا (١) على جواز الطعن في مثل هذه التصرفات .
وذهب فقه قديم تسنده أحكام محكمة النقض إلى تأصيل هذا الطعن بالرجوع
إلى أحكام الدعوى البوليصية (٢) وقد استند هذا الاتجاه إلى أن هذه الدعوى
لا يستعان بها فقط حيث يكون اعسار المدين عاما . بل يجوز تخصيص معنى
الاعسار في علاقة المدين بدائن معين بالذات وبشأن عين محددة بالذات . إذ
يجوز لهذا الدائن الطعن في تصرف المدين بعدم النفاذ ، إذا كان من شأن هذا
التصرف المساس بالضمان الخاص المقرر للدائن على الشيء محل التصرف . ولا
يؤثر على جواز استخدام الدعوى البوليصية في هذه الصورة أن يكون المدين
غير معسر بالمعنى العام للاعسار ، لأن الدائن قد لحقه الضرر من تصرف
المدين ، وهذا وحده يكفي لتحريك الدعوى البوليصية في هذا الخصوص .

وقد لاقى هذا الاتجاه الغريب اعتراض جمهور الشراح في فرنسا (٣)
والواقع أن الاستناد للدعوى البوليصية في مثل هذه الصور غير جائز . ويصدق
ذلك في مصر بصفة خاصة . حيث خضعت هذه الدعوى لتنظيم تشريعي
مفصل ، يفيد صراحة أن الاعسار الوحيد الذي يجيز تحريك الدعوى البوليصية
هو الاعسار الذي تزيد فيه ديون المدين عن حقوقه . أما هذا الاعسار الخاص
المزعوم ، فهو خروج بالدعوى البوليصية عن نطاق تطبيقها ، وابتداع
لشرط لا وجود له في نص القانون .

وذهب فريق آخر من الشراح في فرنسا بشأن جواز الطعن في
تصرفات الراهن السابق ، إلى أن تواطؤ الراهن مع الغير يخضع للقواعد العامة
في المسؤولية التقصيرية . فالغش يحقق ركن الخطأ في المسؤولية ، وإضعاف

(١) راجع بصفة خاصة في هذا الموضوع جوزيه فيدال « دراسة في النظرية العامة للغش »
رسالة من تولوز نشرت بباريس سنة ١٩٥٧ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) روج لهذا الاتجاه جروبيه في رسالته عن الدعوى البوليصية في القانون المدني الفرنسي
المعاصر سنة ١٩١٣ . وقد اطلعنا على وجهة نظره في رسالة فيدال المشار إليها سابقاً . انظر أيضاً
نقض فرنسي (الدائرة الاجتماعية) ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤١ منشور بمجلة الاسبوع القانوني سنة
١٩٤٢ ص ١٨٠٩ مع تعليق بيكيه .

(٣) بلائيول وروبيير وردوان ٧٥٨-٩٣٨ مدام سيناي في مقالها عن « الدعوى البوليصية والمسؤولية
التقصيرية على ضوء القضاء الحديث » المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٨ ص ١٨٣ وما بعدها

الضمان يوفر ركن الضرر . وبالتالي يكون خير طريق للتعويض هو القضاء بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن المرتهن (١) .

على أننا نأخذ على هذا التأصيل عدم توفير الحماية الكاملة للدائن المرتهن . ذلك أن طريقة التعويض يترك للقضاء أمر تقديرها ، ومن ثم فالقاضي مخير بين الحكم بعدم نفاذ تصرف الرهن ، أو الاكتفاء بمجرد تعويض نقدي تطبيقاً لأحكام القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية .

ومن أجل هذا نميل إلى تأييد ما يذهب إليه اتجاه سائد في الفقه الفرنسي ، وهو التسليم بجواز الطعن في تصرفات الرهن المشوبة بالغش ، مع تأصيل هذا الحكم على أساس تطبيق شامل للعبداء العام الذي يقضى بأن الغش يفسد كل أمر ، باعتباره من المبادئ الأساسية التي تحكم التنظيم القانوني في الجماعة (٢) .

فالرهن الذي يستخف بمصلحة الدائن المرتهن ، فيعمل على إهدار الضمان المخصص له بإهلاكه أو إتلافه بحاسبه القانون بتجريدته من الأجل الممنوح له أو إلزامه بتقديم تأمين كاف بدلا منه (م ١٠٤٧ مدني) ، بل ويتنصر المشرع لحماية الدائن فيجيز له طلب معاونة القضاء في وقف كافة الأعمال التي تهدد الضمان وتجعله غير كاف (م ١٠٤٨ / ٣ مدني) .

ولئن كان هذا هو موقف المشرع إزاء التقصير أو الخطأ المفصوح من جانب الرهن ، فالأولى هو تقرير جزاء عام رادع على تصرفات الرهن التي تتستر في إطار مشروع ، ولكنها تنعقد بالتواطؤ مع الغير مشوبة بالغش . ذلك أن مثل هذا الرهن يستخف بقواعد القانون الآمرة ، ويستعين على تحقيق

(١) انظر في هذا المعنى روايت « الأصول العرفية في نظرية الالتزامات » محاضرات دكتوراه بكلية حقوق باريس سنة ١٩٥٤ ص ١١٥ .

(٢) راجع بصفة خاصة في هذا الصدد بحثنا عن أثر الغش على الأسبقية في التسجيل ومحاولتنا لوضع نظرية عامة في الغش بحث أعد للنشر بمجلة الحقوق بالاسكندرية . وانظر ما سبق فقرة ٦٨ مكرر ، ٧٦ حيث عرضنا لتأصيل هذا المبدأ ، وتبرير جواز الأخذ به دون نص في القانون ، وسبوه من حيث مرتبة الأهمية على القواعد القانونية الواردة في النصوص .

مآربه بوسائل قانونية تفتت من اجزاء الذى تقرره النصوص الوضعية (١) والواضح أن أى تصرف من التصرفات السابقة يؤدى إلى اضعاف الضمان الخاص ، وهو أمر يمنعه المشرع صراحة كما تقدم البيان (٢) .

وقد بذل الفقه الفرنسي جهداً مشكوراً في سبيل أعمال مبدأ أن الغش يفسد كل أمر دون استناد إلى نص وضعي ، إذ أن هناك أصولاً قانونية عريقة تسمى بالمبادئ العامة ، وهي الموجهات العامة التي تناسب منها مجموعة الحلول الوضعية التي ترد في نصوص القانون (٣) .

وهذه المثابة تمثل المبادئ العامة الأصول الجوهرية للتنظيم القانوني القائم
أو كما يسميها الأستاذ جورج ريبير هي القواعد الكبرى التي تتولى المحافظة على
النظام الأساسي (٤).

(١) أنظر حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض في ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفني السنة السابعة رقم ٢٣ ص ١٦٨ . وقد جاء فيه أن « قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يحجر بها نص خاص في القانون ، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والحدیمة والاحتیال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في المعاقبات والتصرفات والاجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات » . ولعله ليس من اليسير التوفيق في اختيار صياغة أصدق تعبرا من عبارات محكمة النقض للاستدلال على أصالة هذا المبدأ في الفكر القانوني المعاصر .

(٢) راجع ما تقدم نقرة ٧٢ .

(٣) انظر في هذا المبدأ ، وبيان عناصر تطبيقه والجزاء الذي يصيب مرتكب الغش ، بحثنا المشار اليه آنفا .

(٤) القوى الخالقة للقانون ص ٣٤٥ .

المبحث الثاني

في الأفضلية

(علاقة الدائن المرتهن بغيره من الدائنين)

٨٥ — الأفضلية سلطة أساسية بمزعم كافة الحقوق العينية التبعية :

قدمنا أن الحق العيني يخول للدائن الذي تقرر لصالحه أن يستوفي دينه من المقابل النقدي لشيء مادي معين بالذات . مفضلاً على سائر الدائنين العاديين والدائنين المزودين بتأمينات عينية التالين له في المرتبة . هذه السلطة تكفل للدائن المرتهن تحقيق الهدف من الضمان الخاص ، فهي تؤمنه خطر إعسار المدين ، وتجنبه الخضوع لقاعدة المساواة بين الدائنين . تلك القاعدة التي تفضي في حالة الإعسار إلى حصول كل دائن على نصيب من أموال المدين بنسبة قيمة دينه ، وعلى هذا النحو توزع الخسائر بين الدائنين على قدم المساواة .

بذلك يطمئن الدائن المرتهن إلى منح ائتمانه للمدين ، ويقنع بالانتظار حتى يحل أجل الوفاء بالالتزام . فإن امتنع عنه المدين ، جاز للدائن المرتهن وفقاً لما جاء في الفقرة الأولى من المادة ١٠٥١ أن ينفذ بحقه على العقار المرهون . ويطلب بيعه وفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات .

تنبغي الإشارة في هذا الشأن إلى حكم سبق بيانه ، وهو أنه لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقفية — م ٤٨٩ مرافعات (١) — . ولكن يلاحظ بمناسبة هذا الحكم أنه لا يصدق تطبيقه إذا كان المال المخصص للوفاء ، مقدماً من شخص غير المدين وهو الكفيل العيني . فليس هناك ما يمنع الدائن إن أراد ، أن يسعى أولاً إلى أموال مدينه ينفذ على ما يتخيره منها شأنه

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٢ .

شأن أى دائن عادى . وليس فى وسع المدين عندئذ أن يرد سعى الدائن ، ويتمسك بالحكم الوارد فى تقنين المرافعات بوجوب التنفيذ أولاً على العقار المرهون المقدم من الكفيل العيى . وذلك أن هذا الحكم ينصرف فقط إلى الأحوال التى يكون فيها الرهن قد تقرر على مال مملوك للمدين .

٨٦ - مركز الكفيل العيى فى التنفيذ على العقار المرهون :

من المسائل الدقيقة التى شغلت الفقه زمناً طويلاً تكييف المركز القانونى للكفيل العيى . فهو يتميز بطابع خاص ، إذ لا يسأل عن الدين إلا فى حدود القيمة الاقتصادية للعقار المرهون ، ولهذا أثر التساؤل بشأنه .

بذلت محاولات لتأصيل مركزه على أساس الطبيعة العينية لالتزامه . والالتزامات العينية يطلق عليها هذا الوصف فى تقدير أصحاب النظرية التى روجت لها ، لأنها تتركز فى عين معينة بالذات فتلاحقها أينما ذهبت ، وتفنى بفنائها (١) . وبذلك يتجرد الالتزام من نسبته إلى شخص وينزع وجوده من تعلقه بمال ، وعلى هذا النحو تزول مسئولية حائز هذا المال بمجرد تخليه عنه .

(١) روج لنظرية الالتزامات العينية الأستاذ ميشون فى أواخر القرن التاسع عشر فى رسالة عن « الالتزامات العينية فى القانون المدنى » نائى ١٨٩١ . وقد تلقاها عنه بعض الفقهاء اللاحقين - بولكاز الملحق لمطول بودرى جزء ٥ بصفة خاصة بند ١٧٩ وما بعده . دى جييجلار رسالة من بورديو ١٩٣٧ فى « الالتزام العيى وحقوق الارتفاق » . ويلاحظ أن الفقه الذى اعتنق هذه النظرية لم يتفق على نطاق تطبيقها ، بل إن مؤسسها لم يدخل فيها صورة الكفيل العيى ، باعتبار أنه لم يكن من حقه التخلي عن العقار وهى صفة جوهرية للالتزام العيى فى تقدير هذه النظرية (راجع الملحق لمطول بودرى المرجع السابق بند ١٨٢) . وكان الحقل الخصيب للترويج لها هو بعض الالتزامات المنفردة عن الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والانتفاع والارتفاق (راجع على سبيل المثال المواد ٨١٣ ، ٨١٤ ، ٨٥٨ من التقنين المدنى) .

وانظر فى نقد هذه النظرية اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام - ١ فى آثار الالتزام فقرة ٢٢ وما بعدها . وقد لاقت تأييداً من بعض الفقه المصرى (راجع شفيق شحاته فى نظرية الحق العيى - عبد الحى حجازى نظرية الالتزامات الجزء الأول ص ٧٧ وما بعدها) .

ليس في نيتنا أن نعرض بحثاً مستفيضاً نناقش فيه سلامة هذه النظرية ، إذ أن مثل هذا البحث يخرجنا عن نطاق دراستنا . وأياً ما كان الأمر في تقديرها فهي تحمل لاسمها يتضمن تناقضاً ظاهراً . إذ عبارة الالتزام تقتضي حتماً إسنادها إلى شخص يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء به .

لذلك نفضل تأصيل مركز الكفيل العيني بالاستعانة بعنصرى المديونية والمسئولية في الالتزام . والأساس في هذا الصدد ، أن كل التزام تتوافر فيه المديونية أو الواجب . على أن ذلك لا يقتضي حتماً توافر مسئولية مطلقة عن أداء الالتزام . بل يجوز الحد من هذه المسئولية . وليس في القواعد العامة ، ما يمنع مثل هذا الاتفاق (١) .

على ضوء هذا التحديد يمكن القول بأن الكفيل العيني إذ يقدم العقار المرهون تتوافر فيه صفة المديونية في مواجهة الدائن المرتهن . ولكنه يحدد المسئولية عنها في نطاق القيمة الاقتصادية للضمان المخصص للوفاء . وبعبارة أخرى ترتكز مديونية الكفيل العيني على مسئولية مادية محددة ، وذلك خلافاً للصور المألوفة التي يستند فيها الالتزام على مسئولية شخصية تمتد إلى جميع أموال المدين .

هذا التكييف ييسر تفهم كافة الأحكام التي جاءت في التقنين المدني بشأن الكفيل العيني . فهو مدين تابع يتحدد موقفه ببقاء مديونية المدين الأصلي . ولكنه يلتزم بصفة مباشرة ، فلا تتوافر فيه صفة المدين الاحتياطي التي تقوم في التزام الكفيل الشخصي .

أما خصيصة التبعية فقد عبر عنها المشرع في الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٢ بقوله إن الراهن غير المدين له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يحتج بما للمدين من أوجه دفع متعلقة بأصل الدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين ، وأما خصيصة المديونية المباشرة التي تتجرد من صفة الاحتياط ، فتتمثل فيما

(١) راجع في تفصيل هذا الاتجاه Popa « فكرة المديونية والمسئولية وتطبيقاتها في القانون الفرنسي » رسالة من باريس ١٩٣٥ بتد ١٨٤ .

جاء في المادة ١٠٥٠ التي تقرر « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

يستفاد من هذا النص أن الكفيل العيني تركز مسئوليته في حدود القيمة الاقتصادية للعقار المرهون فلا تتجاوزها . على أن الدائن إذا شرع في إجراءات التنفيذ على العقار لاستيفاء حقه ، فلا يحق للكفيل العيني أن يردده عن ذلك ، بحجة وجوب التنفيذ على أموال المدين أولاً ، واستنفاد سعيه في هذا الشأن . لأن الدفع بالتجريد محظور على الكفيل العيني ، وذلك خلافاً للكفيل الشخصي غير المتضامن الذي أجاز له القانون أن يرد مطالبة الدائن ، بإرشاده إلى وجود أموال لدى المدين لا بد من البدء في التنفيذ عليها (١) .

كيف تتم إجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني: يدب الخلاف في فقه قانون المرافعات بشأن الطريقة التي يجب اتباعها في التنفيذ على العقار المقدم من الكفيل العيني . هل يكون في مركز المدين فيعلن بتنبيه نزع الملكية ويسجل التنبيه على إسمه لتسرى في مواجهته جميع آثار الحجز ، أم يعتبر بمثابة حائز العقار المرهون فينذر بالدفع أو التخلية ، بعد إعلان المدين بالتنبيه وتسجيله على إسمه على النحو الذي سنفصله فيما بعد ؟ الإجابة عن هذا التساؤل بالغلة الأهمية لتعلقها بإجراءات دقيقة قد يقضى تخلفها إلى بطلان آثارها .

لم يعرض تقنين المرافعات لمركز الكفيل العيني في هذا الصدد ، واكتفى في نصوصه بذكر المدين والحائز .

وجاءت في التقنين المدني إشارة هامة إلى هذا الموضوع في الفقرة الثانية من

(١) يلاحظ أن الكفالة الشخصية إذا اقترنت بالتضامن تنزع عن مديونية الكفيل صفته الاحتياط فيحق للدائن أن يطالبه مباشرة بأداء الدين ، ولا يجوز للكفيل أن يرد سعيه بحجة وجوب البدء بالتنفيذ على أموال المدين (٧٩٣ مدني) .

المادة ١٠٥١ التي تقرر «إذا كان الراهن شخصاً غير المدين . جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلّى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار»

تأثر البعض بهذا الحكم الذي أجاز للكفيل العيني التخلية . على غرار ما هو مقرر لحائز العقار المرهون (١) ، فقرر أن إجراءات التنفيذ المتصلة بتنبيه نزع الملكية وتسجيله تتخذ في مواجهة المدين ، وأن الكفيل لا يوجه إليه إلا إنذار الدفع أو التخلية (٢) .

ذهب اتجاه آخر إلى وجوب إعلان تنبيه نزع الملكية إلى الكفيل العيني وتسجيله باسمه . لأن الدائن المرتهن لا يتبع العقار تحت يد شخص انتقلت إليه ملكية العقار كما هو الحال بالنسبة للحائز ، وإنما يباشر التنفيذ في مواجهة الراهن ، الذي ارتضى الالتزام بالدين ، وحدد مسؤوليته في نطاق ما قدم من مال . ويدعم هذا الرأي أنه من العبث أن يشتمل التنبيه الموجه للمدين بالدفع على بيان العقار المراد التنفيذ عليه ، وتسجيل التنبيه باسمه ، مادام لا يملك هذا العقار ولم يرهنه ، ولم تكن له به أية علاقة . الوضع الصائب المجدى هو توجيه هذا التنبيه وتسجيله على اسم مالك العقار المرهون (٣) .

هذا الرأي الأخير يستجيب إلى التأصيل السليم لمركز الكفيل العيني . فهو التزم في مواجهة الدائن المرتهن بأداء الدين إلى جوار المدين ، ولكنه حدد مسؤوليته في نطاق القيمة الاقتصادية للعقار المرهون . فإذا اضطرت الدائن للتنفيذ عليه ، وجب القول بتوجيه الإجراءات إلى الكفيل العيني بوصفها منصبة على

(١) انظر ماسيني في دراسة موقف حائز العقار المرهون .

(٢) رمزي سيف في كتاب التنفيذ بند ٤٠٢ .

(٣) استاذنا المغفور له محمد، حامد فهمي ص ٣٥٣ بند ٣٦٧ . ويؤيد هذا الاتجاه أيضاً أحمد

أبو الوفا في إجراءات التنفيذ بند ٣١٠ .

المال الذى خصص لأداء الالتزام (١) .

ويتعزز هذا الرأى أيضا بأن تصرف الكفيل العينى فى العقار المرهون يجعل المتصرف إليه فى مركز الحائز ، ويوجب إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا سجل التنبيه على اسم المدين ، وأغفل الكفيل العينى ، فهنا لا يتيسر لمن يتعامل فى العقار مع المتصرف إليه (قبل تسجيل انذار الحائز) أن يعلم بوجود تنفيذ عقارى وبذلك تنعدم جدوى تسجيل التنبيه ولا تتحقق حكمته ، وفضلا عما تقدم فقد لوحظ بحق أن « التنبيه إنما ينطوى على نزع الملكية فيجب أن يوجه إلى من تكون له الملكية أى الكفيل العينى » (٢)

ولا يجوز فى هذا الشأن قياس مركز الكفيل العينى ، على حائز العقار المرهون . ذلك أن هذا الأخير ، كما سنبين بالتفصيل فى دراسته ، لا تتوافر فيه صفة المديونية فهو لم يلتزم أصلا بالمدين . ولكن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون إذا انتقلت ملكيته إلى الحائز ، على أساس ما يخول له الحق العينى التبعى من سلطات . فمضمون هذا الحق يحجز تتبع العقار ، ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ عليه بصرف النظر عن انتقال ملكيته إلى شخص آخر . وبعبارة أخرى التنفيذ على العقار تحت يد الحائز لا يستند إلى مديونية ، وإنما هو نتيجة حتمية للتبع الذى يكفله الحق العينى التبعى الذى تقرر للدائن المرتهن على العقار (٣) .

(١) استجاب مشروع توحيد قانون المرافعات فى الجمهورية العربية المتحدة لهذا الاتجاه فنصت المادة ٦٢١ منه على أنه إذا كان الراهن غير المدين وجب أن توجه اجراءات التنفيذ ابتداء إلى الأول وحده بعد تكليف المدين بالوفاء . ويلاحظ فى هذا الشأن أن النص المقترح يتأسس على فكرة عدم جدوى توجيه الاجراءات إلى المدين ، ووجوب اتخاذها فى مواجهة الراهن وهو الكفيل العينى . على أنه يلزم اخبار المدين بإيداع قلائة شروط البيع عملا بالمادة ٦٣٢ (من المشروع) وتكليف المدين والكفيل بالوفاء وفقاً للقواعد العامة .

(٢) عبد الباسط جميعى مذكرات فى التنفيذ القسم الثانى « وجز فى الحجز » ص ٩٥ .

(٣) ويلاحظ فى هذا الشأن أن حائز العقار المرهون يجوز له ، خلافاً للكفيل العينى ، أن يلجأ إلى اجراءات التطهير وبذلك يتفادى ما قد يقضى إليه حق التبع من بيع العقار بالطريقة الجبرية . راجع ماسيل فى دراسة حائز العقار المرهون . وانظر عكس ذلك أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٦٦٠ هامش ٣ حيث يرى أن الكفيل العينى يجوز له تطهير العقار خلافاً للرأى الراجع فى فقه القانون المدنى .

٨٧ - شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء :

تنص المادة ١٠٥٢ من التقنين المدني على أنه « يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان . ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » .

يعالج نص هذه المادة حكم شرط التملك عند عدم الوفاء . وهو شرط قد يتضمنه عقد الرهن ، ويقصد به انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن عند عدم وفاء المدين بالالتزام في ميعاد استحقاقه .

حرص المشرع على تقرير بطلان مثل هذا الشرط إذا اتفق عليه قبل حلول أجل الوفاء بالالتزام . وحكمة هذا البطلان هي الحرص على حماية الراهن ، الذي قد تدفعه الحاجة الملحة إلى المال أن يذعن لرغبة الدائن ، فيقبل نقل ملكية العقار المرهون إليه إذا عجز عن الوفاء في الأجل المحدد . ويريد الأمر الخطورة أن قيمة العقار المرهون تتجاوز في كثير من الأحيان قدر الدين المضمون . وبذلك يحقق الدائن المرتهن كسبا غير مشروع على حساب المدين وغيره من الدائنين العاديين . إذ يصبح مثل هذا الاتفاق بمثابة بيع للعقار المرهون بثمن أقل من قيمته الحقيقية . وهو تصرف خضع له الراهن ولم يقبله طائعا مختاراً (١) .

على أن بطلان هذا الشرط لا يمس سلامة الرهن في ذاته . بل يقتصر أثره على اعتبار الشرط كأن لم يكن . وعندئذ يجب اتباع الاجراءات العادية في التنفيذ العقاري .

ويكون الشرط باطلا سواء ورد ذكره في عقد الرهن ذاته . أو أبرم في اتفاق لاحق مستقل . مادام قد تم قبل حلول أجل الدين . أما إذا اتفق عليه بعد حلول أجل الدين . فهنا قدر المشرع انتفاء الحكمة من البطلان وزوال شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن . وبذلك يجوز بعد حلول أجل المدين الاتفاق على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للمدين ، أو على أن يشتري الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين (٢) .

وأساس هذا الحكم أن الاتفاق المعاصر لاستحقاق الدين ينتفى فيه خطر استغلال حاجة المدين . وهو السبب الذي من أجله أبطل شرط التملك عند عدم الوفاء إذا تضمنه عقد الرهن أو جاء في اتفاق سابق على استحقاق الدين . بل ويلاحظ أن اتفاق الدائن المرتهن للعقار عند عدم الوفاء الذي يتم عند حلول أجل الدين يعتبر بمثابة وفاء بمقابل وهو طريق لانقضاء الالتزام تجيزه القواعد العامة في الالتزامات (١) .

٨٨ - شرط البيع بإجراءات :

ويسمى أيضا بشرط الطريق الممهد ، وهو الاتفاق الذي بمقتضاه يتعاقد الراهن مع الدائن المرتهن على بيع العقار المرهون دون اتباع الطرق التي رسمها قانون المرافعات . وهو على غرار شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء يقع أيضا باطلا . ويقتصر أثر البطلان على إنكار وجوده ، والمضى في إجراءات التنفيذ وفقاً للقانون .

وأساس بطلان مثل هذا الاتفاق هو حماية الراهن من الاذعان لرغبة الدائن المرتهن في حرمانه من الضمانات التي يكفلها قانون المرافعات بإجراءات التنفيذ العقاري وما تتضمنه من أحكام تفضي إلى بيع العقار بأقصى قيمة ممكنة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - ص ٧٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ بند ٩٠٨ .

وقد أشارت إلى الحكم المتقدم المادة ١٠٥٢ بقولها يقع باطلا كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين في أن يبيع العقار المرهون دون مراعاة للأجراءات التي فرضها القانون ولو كان قد أبرم بعد الرهن .

لم يتضمن النص حكم مثل هذا الاتفاق إذا وقع بعد حلول أجل الوفاء بالدين . على أنه ليس ثمة ما يمنع من إقرار صحته قياسا على ما جاء بشأن تملك العقار المرهون (١) . وقد تبدو في ذلك مصلحة ظاهرة تتوافر في عدم الخضوع لإجراءات البيع الجبرى بما ينطوى عليه من جهد ونفقة . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أنه يجوز لأى دائن آخر أن يتجاهل مثل هذا الاتفاق : وأن يشرع في التنفيذ على العقار وفق ما جاء في قانون المرافعات من إجراءات .

٨٩ - تقسيم :

بعد أن فرغنا من هذه الملاحظات العامة بشأن حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار ، نعالج الآن سلطة الأفضلية التي يتمتع بها الدائن المرتهن وسنتناول بالبحث عدة مسائل .

١ - وعاء الأفضلية ، ونعنى به تحديد الأموال التي يتعلق بها حق الدائن المرتهن .

٢ - نطاق الأفضلية ونتناول فيه قدر المبالغ التي يضمها الرهن الرسمى .

(١) تؤيد المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى هذا الاتجاه فتقرر « أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ، واصبح هذا على بيته من الأمر ، فيجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين ، أو على أن يشتري الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين ، أو على أن يبيع العقار بالممارسة لابلزاد العلنى . وقد يكون في هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه إذ يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع العقار بالزاد » مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٦٢ .

وقد أجاز القضاء الفرنسى التوكيل الصادر من الراهن إلى الدائن بعد استحقاق أجل الدين ببيع العقار المرهون واستيفاء حقه من ثمنه . أنظر بلانيول وريبير وبيكه المرجع السابق .

- ٣ - النزاحم على الأفضلية . ونعالج فيه حكم تنازع حق الدائن المرتهن مع من يكتسب تأميناً عينياً على العقار .
- ٤ - بعض اتفاقات تتصل بالأفضلية ، وهي تؤدي إلى تعديل أو تغيير في رتبة الدائن المرتهن .

المطلب الأول

وعاء الأفضلية

٩٠ - النص القانوني - الصياغة المقترحة لمضمون الأفضلية :

تنص المادة ١٠٥٦ من التقنين المدني على ما يأتي « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار . بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد » (١).

يستفاد من نص هذه المادة أن حق الدائن المرتهن يتعلق بصفة أصلية بثمن العقار ، ويرد بصفة احتياطية على كل مبلغ قد يستحق للراهن مقابل هذا

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقا على حكم هذه المادة ما يأتي « متى تحددت مرتبة الدائن المرتهن استوفى حقه طبقاً لهذه المرتبة من ثمن العقار عند بيعه في المزاد ، أو من الحق الذي حل محل العقار كالتعويض أو مبلغ التأمين أو ثمن ملحقات العقار » . جز ٧ من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٨٩ . ويلاحظ في هذا الشأن وجوب المقاربة بين نص م ١٠٥٦ وما جاء في المادة ١٠٤٩ التي تقرر « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقدر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » . وتعلق مذكرة المشروع على هذا النص بقولها « في جميع الأحوال التي يعزل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شيء آخر ، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزاد أو ثمن ملحقات يتم تسليمها ، فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشيء الآخر ، ويستوفي الدائن منه الدين بحسب مرتبته ، وهذا مثال آخر للحلول العيني » . المرجع السابق ص ٥٤ ، ولنا في مناقشة هذا الحكم عودة في المتن بعد الفراغ من تحديد وعاء الأفضلية .

العقار . وقد آثرنا من قبل (١) في صياغة مضمون حق الأفضلية أن نطلق دلائلها على نحو يجعلها شاملة للمقابل النقدي للعقار المرهون . واستعنا في هذا الصدد بالنظر إلى محل حق الدائن المرتهن ، فهو يرد على الكيان الاقتصادي للعقار . ومن ثم يمتد إلى كل ترجمة نقدية لقيمة هذا العقار . وسنعود مرة أخرى إلى بيان هذا الاتجاه بعد أن نفرغ من تحديد وعاء الأفضلية . وذلك لتأصيل ما جاء في التقنين المدني من أحكام مستحدثة .

نبدأ إذن ببحث عن العقار . ثم المال الذي يحل محله .

٩١- ثمن العقار - استرداد الأفضلية إلى ملحقات العقار - أمثلة :

بينما في دراستنا السابقة ، أن حق الدائن المرتهن يمتد بقوة القانون إلى ملحقات العقار كما ورد ذكرها في نص المادة ١٠٣٦ . وهي تتناول بصفة خاصة حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والإنشاءات والتحسينات مالم يتفق على غير ذلك (٢) .

ومما هو جدير بالذكر أن حق الدائن المرتهن يتعاق بهذه الملحقات ، دون حاجة إلى النص على ذلك في عقد الرهن . بل إذا أراد الراهن إخراجها من وعاء الأفضلية وجب الاتفاق على ذلك صراحة (٣) .

وقد أضافت المادة ١٠٣٧ حكماً يتعلق بالثمار سبق لنا تفصيله ، ومقتضاه أنه يلحق بالعقار ما يغله من ثمار عن المدة التي أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار (٤) .

(١) راجع ماتقدم ص ٧٢ ، وما بعدها . وانظر بصفة خاصة اسماعيل غانم في رسالته عن الزمة المالية فقرة ٥٢ ص ٩٢ وما بعدها - وفي هذا المعنى أيضاً حسن كبره الحقوق العينية الأصلية ج ١ في الملكية ص ١٣٧ .

(٢) أنظر ماتقدم فقرة ٥٣ .

(٣) راجع حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض في ١٤ يناير ١٩٥٤ ، منشور في مجموعة المكاتب الفنى لتبويب الأحكام سنة ٥ عدد ٢ ص ٤٢٠ .

(٤) أنظر ماتقدم ص ١٦٤ .

يستفاد مما تقدم أن وعاء الأفضلية يتحدد بثمن العقار وملحقاته ، وقد سبق لنا تفصيل الشروط الواجب توافرها في العقار المرهون ، وتحديد الملحقات التي تأخذ حكم العقار بنص القانون ، ولذا نكتفي في هذا الصدد بالإحالة إلى دراستنا المتقدمة (١) .

على أن هناك حكم لم يسبق لنا بحثه (٢) ، يعرض بشأن حق الدائن المرتهن على العقارات بالتخصيص . فقد يصطدم وهو بسبيل التنفيذ عليها بوصفها من ملحقات العقار ، بوجود امتياز بائع هذه المنقولات التي اكتسبت الصفة العقارية على سبيل الافتراض . وهو امتياز يضمن الوفاء بثمنها ، فما هو حكم هذا النزاع .

٩٢ - النزاع بين حق الدائن المرتهن وهو امتياز بائع المنقولات المخصصة لخدمة العقار :

يحدث في العمل أن يشتري شخص بعض منقولات يخصصها لخدمة عقار فتكتسب على هذا النحو صفته ، وتأخذ حكمه . ويثور النزاع إذا كان المشتري لم يدفع ثمن هذه المنقولات وكان العقار الذي خصصت لخدمته مرهوناً لأحد الدائنين .

يتمتع بائع المنقول بنص القانون بامتياز يضمن له الوفاء بالثمن (م ١٤٥ مدني) . ويمتد حق الدائن المرتهن ، على النحو الذي سبق بيانه ، إلى ملحقات العقار التي تتضمن العقارات بالتخصيص (م ١٠٣٦ مدني) . كيف السبيل إذن إلى حسم ما قد يعرض من نزاع احتمالي ، إذا أراد البائع التنفيذ على المنقولات لاستيفاء ثمنها ، واحتج الدائن بتعلق حقه بها ؟

(١) راجع ما تقدم في الشروط الواجب توافرها في العقار فقرة ٥٢ .

(٢) عالجنا فيما سبق حكم تصرفات الراهن في العقارات بالتخصيص ، وسبيل حماية الدائن المرتهن في مواجهة المتصرف إليه راجع فقرة ٨٢ .

لم يعالج التقنين المدني الجديد حكم هذا التزام بنص صريح بمنح الأفضلية لدائن على آخر (١). وتفرقت كلمة النقه في مصر وفرنسا في هذا الشأن . والواقع أن المسألة لا تخلو من دقة ، لأن امتياز بائع المنقول مقرر بنص في القانون ، وهو يظل قائماً مادام الشيء محتفظاً بذاتيته . وحق الدائن المرتهن يستند إلى نص آخر صريح يشمل المنقولات المخصصة لخدمة العقار ، التي تصبح عقارات حكومية يجرى عليها ما قرره المشرع بالنسبة إلى العقار الأصلي .

نصت المادة ١١٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي « ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع . ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية » .

غنى عن البيان أن تخصيص المنقولات لخدمة العقار لا يفقدها ذاتيتها ، بل تظل واضحة المعالم يمكن التعرف عليها ، وبالتالي يظل امتياز البائع عليها قائماً لا يزيله هذا التخصيص .

ولكن يدق الأمر إذا اكتسب أحد الدائنين رهناً رسمياً على العقار الذي رصدت المنقولات لخدمته أو استغلاله .

اتجه بجانب من النقه إلى أن امتياز بائع المنقول لا يتأثر وجوده بحق الدائن المرتهن . ذلك أن كسب المنقول للصفة العقارية هو مجرد افتراض قانوني

(١) عني بعض التشريعات الأجنبية بحسم هذا التزام ، مثال ذلك قانون الرهن الرسمى في بلجيكا . فقد جاء في نص المادة ٢٠ من هذا القانون ما يفيد تفصيل حق الدائن المرتهن ، وذلك حماية للائتمان العقاري . انظر رينيه ديكرز الموجز في القانون المدني البلجيكي ١٩٥٥ جز ٢ ص ٨٩٢ بند ١٥٢٩ .

لا يصح أن يضر ببائعه وليس في نصوص القانون ما يفيد تفضيل حق الدائن المرتهن عليه (١).

ويذهب جمهور الشراح إلى تفضيل الدائن المرتهن للعقار على بائع المنقول (٢). والحجة الأساسية التي تساق لتدعيم هذا الاتجاه هي أن المشرع نص صراحة على امتداد حق الرهن إلى العقارات بالتخصيص بقوة القانون. فلا يجوز إهدار هذا النص لصالح بائع هذه المنقولات المخصصة لخدمة العقار، إذا ما احتج بحق امتياز ضمانة للوفاء بشئها. ذلك أنها أصبحت عقارات حكومية، تخضع لما يقرره القانون من أحكام بشأن العقار.

ويقرر بعض هؤلاء الفقهاء بأن بائع المنقول يحق له الاحتجاج بامتياز في مواجهة الدائن العادي الذي ينفذ على العقار، باعتبار أن هذا الأخير لم يثبت له أصلاً حق على شيء معين بالذات. وإنما ينصب حقه على كل أموال المدين. لذلك يتقدم عليه بائع المنقول حتى ولو خصص لخدمة العقار، لأنه اكتسب حقاً عينياً يفضل به الدائن العادي. أما حيث يتعلق الأمر بتزاحم مع دائن مرتهن، فهنا يجب التسليم بثبوت الصفة العقارية لهذه المنقولات، وبذلك لا يستطيع بائعها أن يحتج في مواجهة هذا الدائن بحق الامتياز (٣).

(١) انظر في تأييد هذا الاتجاه عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٤٨ ، ٧٥٥ - جوسران الجزء الثاني بند ١٨٦٠ ، ويقرر في سبيل تدعيم رأيه ، أن بائع المنقول ليس له من ضمان سوى المنقول المبيع ، بينما أن حق الدائن المرتهن يكفل الوفاء به العقار الأصلي ، وليست العقارات بالتخصيص سوى أموال إضافية .

(٢) راجع في الفقه المصري كامل مرسى بند ٤٧٩ - سليمان مرقس بند ٣٧٩ . وفي الفقه الفرنسي بيدان وفواران ص ١٢ بند ٥١٢ ، بلانيول وريبير وبيكيه ص ١٢ بند ١٩٣ ، كولان وكابيتان ص ٢ بند ١٥٤٧ ، ريبير وبولانجيح ص ٢ بند ٣٣٧٣ ، لوى بوييه انسكلوبيدى دالوز ص ٤٨٨ بند ١٥٧ .

(٣) جولف « L'immobilisation par destination » رسالة من باريس ١٩٤٣
فقرة ٨٨ - حسن كيره الحقوق المينية الأصلية ص ١٩٣ وما بعدها .

ونحن من ناحيتنا نميل مع الفقه السائد إلى تفضيل حق الدائن المرتين. ولا نستند في ذلك إلى الحجج المتقدمة فحسب ، وإنما نستعين بنص المادة ١١٤٥ من التقنين المدني التي تحكم امتياز بائع المنقول . ونستهدي بالحكمة من الحلول التي أتت بها .

يستفاد من نص المادة ١١٤٥ أن امتياز بائع المنقول يزول حيث يصطدم الإبقاء عليه بحقوق اكتسبها الغير بحسن نية . والمقصود بذلك هو كل حق يكتسبه الغير دون أن يعلم باعتدائه على امتياز بائع المنقول . والعلة في تقرير هذا الحكم هي حماية الثقة المشروعة وتدعيم الإثمان . ذلك أن حق البائع بوصفه من الامتيازات المنقولة ، لا يخضع لنظام الشهر . وهو على هذا النحو غير مستقر . بل يتميز بحساسية تجعله معرضا للزوال ، بمجرد اصطدامه بحق شخص توافر لديه حسن النية (١) .

فإذا سلمنا بأن تلك هي العلة من جعل امتياز بائع المنقول معرضا للزوال ، أمكننا اتخاذ موقف من النزاحم الذي نحن بصددده . فأمامنا دائن مرتين ، نص المشرع صراحة على امتداد حقه إلى المنقولات المخصصة لخدمة العقار ، ثم التزم الصمت فلم يقيده بحقوق الغير . بينما حرص بشأن امتياز البائع على الحد من سريانه إذا اصطدم بحسن نية شخص اكتسب حقا على المنقول (٢) .

(١) موريل شاضرات في القانون المدني مع التعمق «آثار الرهن» باريس ١٩٤٢ ص ٣١٨ وما بعدها . وفي هذا المعنى حسن كبير المرجع السابق ص ٩٤ هامش ١ .
(٢) لا يجوز في تقديرنا الاستناد إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بشأن م ١٤٤٣ ، لتأييد الرأي المخالف . ذلك أنها تعلق على نص أصابة تعديل جوهرى في صياغته النهائية . فقد كانت المادة ١٤٤٣ من المشروع التمهيدى (ويقابلها م ١٠٣٦ في التقنين) تقضى في فقرتها الثانية بما يأتى «لا أثر للرهن في الحقوق التي كسبها الغير ، قبل إبرام الرهن على ملحقات العين المرهونة» . علقنا المذكرة الإيضاحية على هذه الفقرة بقولنا «إن الرهن الذي يمتد إلى الملحقات لا يؤثر في حقوق الغير ، فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشى لم يدفع ثمنها وخصصها لخدمة الأرض فإن الرهن يشملها ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشى» . تليت المادة ١٤٤٣ من المشروع أمام لجنة المراجعة فاقترح حذف الفقرة الثانية . مع النص على عدم =

ولما كان تفضيلنا لحق الدائن المرتهن يستند إلى اعتبارات تتصل بحماية حسن النية والثقة المشروعة ، وجب اطلاق هذا الحكم بصرف النظر عن تخصيص المنقولات لخدمة العقار قبل تقرير الرهن أو في تاريخ لاحق عليه . ذلك أن هذا التاريخ لا يمس ثقة الدائن وحسن نيته . في أن حقه تعلق بهذه المنقولات بمجرد تخصيصها لخدمة العقار ، وبقوة القانون (١) .

على أنه ينبغي الإشارة من ناحية أخرى أن بائع المنقول لا يتجرد من كل حماية ، بل في وسعه أن يقلت من هذا التزام . فقد بينا أن الحكمة من زوال امتيازها هي عدم خضوعه لنظام الشهر ، وخشية المشرع من الإضرار بحقوق الغير حسن النية . بذلك يستطيع البائع أن يخطر الدائن المرتهن بأنه لم يستوف الثمن ، وأن امتيازها قائم يضمن الوفاء به . مثل هذا الإجراء ينفي عن الدائن حسن النية (٢)

= الإخلال بحق امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين . فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبحت صياغة النص كما جاءت في المادة ١٠٣٦ من التقنين .

يظهر إذن بما تقدم أن إرادة المشرع انصرفت في البداية إلى حماية كل من اكتسب حقوقاً على ملحقات العقار ، مثل بائع المنقولات المخصصة لخدمته بالنسبة إلى حق الامتياز . ثم عدل عن هذا الاتجاه صراحة ، فحذف الحكم المتصل بحقوق الغير عامة ، وعهد إلى تخصيصه بالنص فقط على امتياز المقاول والمهندس المعماري بالنسبة إلى المبالغ المستحقة عن التحسينات والإنشآت . ولعل هذا التعديل الذي حدد الحماية في مواجهة أشخاص معينين بالذات ، يصلح سنداً لتأييد الرأي الذي نذهب إليه بأن حق الدائن المرتهن يفضل امتياز البائع بشأن العقارات بالتخصيص . (انظر جزء ٧ من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤ وما بعدها ، وقارن عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٤٩ ، ٧٥٦) - انظر أيضاً جمال الدين زكي ص ٢٢١ وما بعدها .

(١) بل ولعلنا في سلوك هذا الاتجاه نستجيب إلى الحكمة التي أملت على المشرع الأخذ بفكرة العقار بالتخصيص . فقد قدر أن رصد المنقولات لخدمة العقارات أو استغلاله يلحقها به ، فتنشأ على هذا النحو وحدة اقتصادية متماسكة ، تعامل معاملة العقار وتخضع لأحكامه . وهو أمر تقتضيه حماية الائتمان العقاري بصفة عامة .

(٢) انظر بيدان وقواران ج ١٣ فقرة ٥١٢ . حسن كيرة المرجع السابق ص ٩٥ .

ويجرده من الثقة المشروعة التي يحميها القانون (١).

٩٣ - المال الذي حل محل العقار - سريره هذا المحكم على طاعة

الحقوق العينية التبعية :

نصت المادة ١٠٥٦ من التقنين المدني على أن الدائن المرتهن لا يباشر الأفضلية على ثمن العقار فقط ، بل يمتد حقه أيضاً إلى المال الذي حل محل هذا العقار .
وتعبر عنه الصياغة الفرنسية لهذه المادة بقولها La Creance qui s'y est substituée

وتنبغي في هذا الصدد الإشارة إلى نص المادة ١٠٤٩ الذي تقضي بأنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبه إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

جدير بالذكر أيضاً أن الحكم الذي ورد في التقنين المدني الجديد يصدق على كافة الحقوق العينية التبعية عامة ، بالقدر الذي يلائم طبيعة كل منها (٢) . فقد ورد في المادة ١٠٩٥ بالنسبة إلى حق الاختصاص أنه يسرى عليه ما يتضمنه الرهن الرسمي من أحكام .

(١) تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى حرمان البائع من حق المطالبة بفسخ العقد لعدم أداء الثمن ، على أساس أن الفسخ يؤدي إلى عودة المنقولات إلى ملكية البائع ، وبذلك تفلت من سيطرة الدائن المرتهن . وعلى هذا النحو يصبح حرمانه من الامتياز عديم الفائدة . وقد تعرض القضاء المتقدم لا انتقاد بعض الفقهاء . انظر بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٣ فقرة ١٩٣ ص ٢٢٠ ، وقارن كولان وكابتان ج ٢ فقرة ١٥٤٧ - موريل المرجع السابق ص ٣٢٠ .

(٢) نصت المادة ٧٧٠ في عقد التأمين من الحريق على أنه « إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلاً برهن حيازي أو رهن تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين » .

وبجاء في الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ أنه تسرى على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق . وأخيراً عني المشرع بترديد نص مماثل في المادة ١١٣٥ بشأن حقوق الامتياز . كما قررت المادة ١١٣٤ أيضاً أنه تسرى على حقوق الامتياز العقارية الخاصة أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .

هكذا حسم التقنين المدني الجديد خلافاً في الفقه والقضاء حول تحديد وعاء الأفضلية . فقد اتجه الرأي السائد إلى أن حق الدائن المرتهن ، أو المزود بتأمين عيني خاص ، يقتصر فقط على ثمن العقار إذا بيع جبراً بالطرق المبينة في القانون .

وقد أشرنا من قبل (١) إلى أن هذا الاتجاه مبعثه النظرة الضيقة إلى مضمون الأفضلية . فالواقع من الأمر أن الحق العيني التبعي يعلق حق الدائن المزود به ، بالكيان الاقتصادي للمال الذي تقرر عليه . وعلى هذا النحو يتحدد مضمون الأفضلية ، فهو يتناول كل ترجمة نقدية لهذا المال . على ضوء هذه الملاحظة الأساسية نحاول تأصيل الحكم الوارد في المادة ١٠٥٦ من التقنين المدني .

٩٤ - تأصيل حكم المادة ١٠٥٦ - الدائن المرتهن يباشر الأفضلية

على المقابل النقي للعقار المرهونه :

يذهب الرأي السائد بين الفقهاء^٢ ، يسنده ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، إلى أن الحكم الذي تقرر به المادة ١٠٥٦ هو من أمثلة الحلول العيني في التقنين المدني الجديد (٢) .

وقد صادف هذا الاتجاه رواجاً في الفقه الفرنسي ، حيث وجد فيه ضلالتة

(١) راجع ما تقدم فقرات ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٣٢ ، ٨٩ وبصفة خاصة ص ٧٢ .
(٢) انظر سليمان مرة ص ٧٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٧٥ تابع هامش آ - الجزء السابع من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٤ .

لتفسير مباشرة الأفضلية في الصور التي يستحق فيها عن العقار أموال أخرى غير الثمن . على أنه يلاحظ في هذا الصدد أن جهد الفقهاء لم يفلح وحده لتقرير حماية الدائن المرتهن . بل اضطر المشرع أن يتدخل بقوانين متعددة تحكم المقابل النقدي الذي يستحق عن العقار كمعوض التأمين أو مبلغ التعويض (١).

ليس في إمكاننا أن نعرض بحثاً كاملاً لنظرية الحلول العيني من حيث شروط توافره ونطاق تطبيقه في الفقه الحديث . فمثل هذا البحث يخرج عن نطاق دراستنا (٢) .

ولكن يبدو لنا أن من اليسير الاستغناء عن نظرية الحلول العيني لتأصيل حكم المادة ١٠٥٦ من التقنين المدني . إذ يكفي في هذا الشأن تعديل صياغة مضمون الأفضلية على النحو الذي يلائم طبيعة الحقوق العينية التبعية (٣) .

بينما من قبل أن حق الدائن المرتهن يتعلق بالكيان الاقتصادي للعقار المرهون . وعلى هذا النحو ينبغي التسليم بأنه يستطيع مباشرة الأفضلية على كل ترجمة نقدية للقيمة الاقتصادية للعقار .

والصورة المألوفة لتحويل العقار إلى مقابل نقدي هي بيعه بالطريق الجبري واستيفاء الدين من الثمن الذي رسا به المزاد . ولعل هذا هو الذي جعل المشرع يعرف الرهن في المادة ١٠٣٠ بأنه حق ينحول للدائن أن يستوفي دينه من ثمن العقار مقدماً على غيره من الدائنين .

(١) أنظر بلانيول وريبيروبيكيه جزء ١٣ بند ٩٦٥ وما بعده - بودان وفواران جزء ١٣ بند ٣٦٠ وما بعده - موريل « في آثار الرهن » المرجع السابق ص ٣٥٢ وما بعدها - بيكار وبيسون المطول في التأمين البري جزء ٢ بند ١٨٥ - لوريول « الحلول العيني » باريس ١٩٥٤ ص ٣٨٤ وما بعدها .

(٢) راجع في نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المصري رسالة الزميل منصور مصطفى منصور ١٩٥٣ وانظر بصفة خاصة صلتها بالتأمينات العينية ص ١٥٣ إلى ١٧١ .

(٣) انظر في بيان هذا الاتجاه اسماعيل غانم « دراسة انتقادية لفكرة الدفعة المالية في القانون المصري والفرنسي رسالة إلى كلية حقوق باريس ١٩٥١ فقرة ٥٢ - محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١١٦ هامش ١ - حسن كبره الحقوق العينية الأصلية ج ١ في الملكية ص ١٣٧ . وانظر ما تقدم الفقرات التالية ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٣٢ ، ٨٩ ، وبصفة خاصة ص ٧٢ .

ولكن يلاحظ أن البيع ليس سوى مجرد وسيلة لتقويم العقار بمبلغ من النقود حتى يتيسر للدائن المرتهن استيفاء دينه منه . ومن ثم يبدو فوراً أن كل الوسائل الأخرى التي تكفل أداء الغاية نفسها ينبغي أن ينتفع بها الدائن فتدخل في وعاء الأفضلية ، وبذلك يمتد حقه إلى عوض التأمين ، أو مبلغ التعويض ، أو ما يستحق عن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة (١) .

يستفاد مما تقدم أن الصياغة التقليدية لمضمون الأفضلية يشوبها النقص ، ذلك أنها لا تتضمن إلا ثمن العقار ، فلا تصدق على هذا النحو على غيره من صور المقابل النقدي .

هذه الصياغة الجامدة أفضت إلى عجز الدائن المرتهن عن استيفاء دينه من غير ثمن العقار . وهذا لا يستقيم مع طبيعة حقه . فهو مزود بحق عيني تبعي يصيب العقار في كيانه الاقتصادي ، فيتعلق بكل ترجمة نقدية له .

وقد كانت الصياغة المتقدمة سبباً في الالتجاء إلى نظرية الحلول العيني ، لتمكين الدائن من مباشرة الأفضلية على نطاق واسع ، على أننا نؤثر الاستغناء عنها (٢) بإطلاق مضمون الأفضلية على نحو يجعلها شاملة لكافة صور المقابل النقدي . وبذلك تستجيب هذه الصياغة المرنة لما جاء من حلول في نص المادة ١٠٤٩ ، ١٠٥٦ في التقنين المدني الجديد . بل ولعل الترجمة الفرنسية للمادة الأخيرة تعبر عن اتجاهنا تعبيراً صادقاً ، فهي تفيد في دلالتها أن حق الدائن يتعلق بثمن العقار ، أو الديون التي تستحق للمالك بدلاً منه .

(١) راجع لوريول المرجع السابق ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٢) راجع شفيق شحاته بند ١٢ ص ١٤ حيث يقرر أن التأمين العيني هو مجرد وصف للالتزام ، وبذلك يمكن الاستغناء عن نظرية الحلول العيني . ورغم اتفاقنا مع هذا الرأي في النتيجة التي يصل إليها ، فإننا لا نقر إنكار فكرة الحقوق العينية التبعية ، بل نرى مع الفقه الغالب وجوب الإبقاء عليها . انظر ما تقدم فقرة ٢٨ ، ص ٦٤ هامش ١ .

هكذا يمكن الاستغناء عن فكرة الحلول العيني في نطاق الحقوق العينية
التبعية ، إذ لا محل لإقحامها حيث لا تدعو الحاجة إليها (١) . وهي في هذا
المجال يمكن الاستغناء عنها فيما يبدو لنا (٢) .

٩٥ — كيف يستفبر الدائن المرتهن من حقه على المقابل النقدي :

يستفاد مما تقدم أن الدائن المرتهن يستطيع إذن أن يباشر الأفضلية على المقابل

(١) ولكن يلاحظ أن نظرية الحلول العيني قد يتوافر لها أهمية بالنسبة إلى الدائن المرتهن ،
وذلك في الأحوال التي يهلك فيها العقار (إن كان من المباني) نتيجة حوادث عامة كحرب أو
زلزال ، فتدفع الدولة لمالكها إعانة ليشيد غيرها . حينئذ يمكن القول بانتقال حق الدائن المرتهن
من العقار الذي هلك ، إلى العقار الجديد وذلك عن طريق الحلول العيني . لأننا بصدد مال معين
كان مخصصاً لتحقيق غرض خاص ، ثم هلك هذا المال وحل غيره محله . هذا الحلول لا يتقرر إلا
بنص في القانون (وذلك كما حدث في فرنسا في أعقاب الحرب العالمية الثانية بقانون ٢٨ أكتوبر
١٩٤٦ فقد جاء في المادة ٣٥ منه أن الرهن ينتقل بقوة القانون إلى العقارات التي أعيد تشييدها
بالتعويضات المستحقة) . ويظهر لنا من مثل هذه الصورة أن الذي أصابه التبديل هو محصل
الرهن في ذاته ، إذ انتقل من عقار إلى آخر . أما الصور التي عرضنا لها في المثن ونفيينا عنها
فكرة الحلول العيني ، فهي لا تتضمن تبديلاً في محل الرهن ذاته ، إذ هو عقار واحد لم يتغير .
وإنما تعالج استحقاق مقابل نقدي غير الثمن . وقد وصلنا في هذا الشأن إلى أن أي ترجمة نقدية للعقار
يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر عليها الأفضلية . وذلك لتعلق حقه بالكيان الاقتصادي لهذا العقار
ودون حاجة إلى نظرية الحلول العيني . انظر موريل المرجع السابق ص ٣٥٦ ، لوريول المرجع
السابق ص ٣٩٣ .

(٢) انظر رسالة منصور مصطفي منصور في الحلول العيني فقرة ١٣٠ — حيث يعرض
لحدوى هذه الفكرة ، إذا استحق المقابل النقدي قبل أن يصبح الدين المضمون حال الأداء .
عندئذ تظهر ضرورة الإبقاء على التخصيص ، أي تخصيص المقابل النقدي للفرض الذي من أجله
تقرر الرهن ، والإبقاء عليه إلى أن يحل أجل الوفاء بالدين . ولا يتيسر ذلك إلا بالاستناد
إلى فكرة الحلول العيني . إذ يحل مبلغ التعويض أو التأمين محل الشيء الذي هلك أو نزع ملكيته
للمنفعة العامة ليضمن الوفاء بالدين حتى يستحق أدائه . انظر في هذا المعنى أيضاً حسن كيرة
المرجع السابق ص ١٣٨ .

النقدى للعقار المرهون ، وذلك كعوض التأمين ، أو مبلغ التعويض الذى يؤديه المتسبب بخطأه فى هلاك العقار ، أو التعويض الذى يستحق مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . على أنه ينبغى التساؤل عن الطريقة العملية لتمكين الدائن المرتهن من الاستفادة من هذا المقابل النقدى . ذلك أن حقه يتعرض للخطر إذا ما استوفاه الراهن فاختلطت هذه المبالغ بدمته .

عوض التأمين : الفرض هنا أن العقار المرهون مؤمن عليه ، ثم هلك فاستحق عوض التأمين . ماهى الوسيلة الفعالة التى تكفل للدائن المرتهن أن يباشر الأفضلية على هذا المبلغ ؟ .

قال جانب من الفقه الفرنسى أنه ليس من حق شركة التأمين أن تؤدى إلى الراهن ما استحق فى ذمتها بسبب هلاك العقار . بل يجب عليها أن تحتفظ بعوض التأمين لصالح الدائن المرتهن تأسيساً على أن الرهن يشهر بطريق القيد . وقد أخذ على هذا رأى أنه يرهق شركات التأمين ، وينحرف بالشهر عن أهدافه . ذلك أن قيد الرهن شرع لصالح من يتعاملون مع الراهن بشأن العقار ، فيكتسبون عليه حقوقاً عينية . عندئذ يحكم التزامهم بقاعدة الأسبقية فى الشهر . ولكن ليس من العدل الانحراف بالقيد عن أهدافه ، بجعله وسيلة إعلان تلزم الكافة . فشركة التأمين فى تقدير هذا الفقه لا يقع عليها التزام بالكشف عن الحالة القانونية للعقار ، كما هو الحال بالنسبة لمن يريد شراؤه أو اكتساب أى حق عينى آخر .

لهذه الاعتبارات المتقدمة اتجه الفقه الغالب إلى القول بأن على الدائن المرتهن إذا ما هلك العقار أو تلف أن يبادر بإخطار شركة التأمين بوجود رهنه ، حتى يمتنع عن أداء عوض التأمين للراهن . ومجرد علم شركة التأمين بوجود الرهن يعقد مسئوليتها ، إن دفعت ما هو مستحق فى ذمتها للراهن . بل ويكفى لعقد

هذه المسؤولية أن يكون الرهن مذكوراً في عقد التأمين (١) .

لم يأخذ المشرع المصرى بهذا الاتجاه الفقهي الأخير . بل نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٧٧٠ بشأن التأمين على الحريق على ما يأتي «إذا شمرت هذه الحقوق (وبعنى بذلك الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز العقارية الخاصة) أو أعلنت إلى المؤمن ولو بكتاب موصى عليه فلا يجوز له أن يدفع ما في ذمته للمؤمن له إلا برضاء الدائنين» .

يستفاد من هذا الحكم أن المشرع يفرق بين نوعين من التأمينات العينية . أما تلك التي استلزم شهرها بطريق القيد ، فيكتفى بشأنها بهذا الإجراء . إذ يعتبر وحده كافياً لمنع شركة التأمين من أداء المبلغ المستحق في ذمتها . وأما التأمينات العينية التي لا تخضع للشهر فلا يلزم قيدها . ولذا اشترط المشرع بشأنها أن يقوم الدائن بإعلان شركة التأمين ويكفي لذلك أن يرسل خطاباً مسجلاً . مجرد هذا الإعلان يعقد مسؤولية الشركة إن دفعت عوض التأمين إلى الراهن .

هذا الحكم المتقدم ورد في المادة ٧٧٠ التي تعالج صورة التأمين على الحريق . ولكن إزاء صحت المشرع عن إصدار تشريعات شاملة لعقود التأمين بصفة عامة يمكن الأخذ بهذا الحكم عن طريق القياس وتطبيقه على صور التأمين الأخرى .

التعويض عن المسؤولية : الفرض هنا أن العقار المرهون قد هلك أو تلف بخطأ الغير . وقد نص المشرع على أن حق الدائن المرتهن يتعلق بمبلغ التعويض فيباشر عليه الأفضلية .

يظهر بطبيعة الحال استحالة الأخذ بالحكم المتقدم الذي قرره المشرع في المادة ٧٧٠ . إذ لا يتصور أن تنعقد مسؤولية الغير المتسبب في هلاك العقار أو

(١) أنظر موزيل المرجع السابق ص ٣٣٤ .

تلفه ، إن أدى التعويض إلى الراهن ، بحجة أن الرهن مقيد . وأنه كان من المفروض أن يعلم بوجود حق الدائن المرتهن وتعلقه بالتعويض . إذ لا يقع على عاتق هذا الشخص التزام بالكشف في الشهر العقاري عن الحالة القانونية للعقار .

ولذلك فينبغي هنا الرجوع للرأى السابق الذى انتصر فى الفقه الفرنسى . وبذلك ينبغى على الدائن المرتهن ، الذى يرغب فى المحافظة على حقه ، أن يبادر فور هلاك العقار أو تلفه باخطار المتسبب فى ذلك بوجود الرهن ، وبالامتناع عن أداء التعويض إلى الراهن . بل ولعل فى وسع الدائن أن يستعين بأداة قانونية فعالة وهى حجز ما للمدين لدى الغير ، توطئة لاستيفاء دينه .

التعويض المقابل لنزع الملكية للمنفعة العامة : يتعلق حق الدائن المرتهن بالتعويض الذى تدفعه السلطة العامة نظير نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . وقد تكفل القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ببيان طرق حماية أصحاب الحقوق العينية الثبعية . يستفاد من نص المادة ٦ من هذا القانون وجوب عرض الكشوف المشتملة على حصر العقارات التى تقرر نزع ملكيتها والتعويضات التى تقدر لها ، وذلك فى أماكن متعددة خلال مدة شهر . وتحقيقاً للتوسع فى العلانية ، يعلن عن هذا العرض فى الجريدة الرسمية وفى جريدتين يوميتين واسعتى الانتشار . وقد اشترط هذا الإجراء لتفنيهِ أصحاب الحقوق ، مثل الدائن المرتهن ، للتقدم بالمستندات المثبتة لحقوقهم .

وقد تكفلت المادة ٧ وما بعدها ببيان طريقة الاعتراض على ما ورد فى الكشوف من بيانات ، أو على تقدير التعويضات .

أخيراً ، وهذا هو الحكم الذى يعيننا . يستفاد من نص المادة ١١ أن الجهة الحكومية المختصة ، متى تلقت مستندات تثبت أن العقار المزروعة ملكيته قد تقرر عليه حق عيني تبعى ، أو قدمت إليها اعتراضات على تقدير التعويض ، عليها أن تمتنع عن أداء التعويض المستحق لذوى الشأن . وحيث أن تودع المبالغ المستحقة فى أمانات المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية فى حساب منفرد .

يستفاد مما تقدم أن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ، كفل للدائن المرتهن الوسيلة لمنع الراهن من استيفاء التعويض المستحق له . فقد عني في سبيل ذلك بتمكين الدائن من العلم بأمر نزع الملكية ، وذلك بالإعلان عن الكشف الذي يتضمن بيان العقار وتقدير التعويض . هذا الإعلان يوضع في أماكن متعددة وينشر في الجريدة الرسمية والصحف الهامة . هنا يفترض علم الدائن به ، وعليه للمحافظة على حقه أن يتقدم بما يثبت وجود هذا الحق للجهة الحكومية التي تتخذ إجراءات نزع الملكية . ومجرد اتخاذ هذا الإجراء يعقد مسئوليتها إن هي أدت التعويض للراهن ، إذ عليها أن تحتفظ به في خزانة مخصصة لذلك ، لحساب أصحاب الحقوق المقيدة (١) .

(١) نصت المادة ٦ من القانون المذكور على ما يأتي «تعد المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية كشوفاً من واقع عملية الحصر سائلة الذكر (تشير إلى م ٥) تبين فيها العقارات والمنشآت التي تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التي تقدر لهم ، وتعرض هذه الكشوف ومعها خرائط تبين مواقع هذه الممتلكات في المقر الرئيسي للمصلحة وفي المكتب التابع لها بماصمة المديرية أو المحافظة وفي مقر العمدة أو مقر البوليس لمدة شهر ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا العرض بخطاب موصى عليه بعلم الوصول . ويسبق هذا العرض إعلان في الجريدة الرسمية وفي جريدتين يوميتين واسمى الانتشار يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط في الأماكن المذكورة . وتضيف المادة ٧ أن «لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف الاعتراض على البيانات الواردة فيها ... وإذا كان الاعتراض متعلقاً بحق على العين الواردة في الكشوف المتقدمة الذكر وجب أن يرفق بكافة المستندات المؤيدة له وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض وأرقامها» . أخيراً تقرر المادة ١١ أن «على المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية أن تحقق في المعارضات التي يقدمها أصحاب الشأن طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٧ لتقرير دفع التعويض المستحق . ويكون قيام المصلحة بأداء التعويض في هذه الحالة على مسئوليتها . وإذا قام مانع يحول دون دفع التعويض المستحق وجب على المصلحة إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول وبالسبب التي تحول دون دفع التعويض وبالشروط الواجب استيفاؤها بمعرفةهم ، وتظل المبالغ التي يشملها النزاع بأمانات المصلحة لحين استيفاء شروط الدفع» .

المطلب الثاني

نطاق الأفضلية

٩٦- المقصود بنطاق الأفضلية - النص القانوني :

نقصد بنطاق الأفضلية بيان المبالغ التي يستطيع الدائن المرتهن أن يشترك بها في قائمة التوزيع ، فيفضل في استيفائها كافة الدائنين العاديين . والدائنين التاليين له في المرتبة .

وقد تكفلت المادة ١٠٥٨ من التقنين المدني بتحديد هذا النطاق فنصت على ما يأتي : « ١ - يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيود والتجديد إدخالاً ضريبياً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها .

٢ - وإذا ذكر سعر الفائدة في العقد فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحققت والتي تحسب مرتبتها من وقف إجراءاتها . وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل . »

يستفاد من هذا النص أن المبالغ التي يتمتع الدائن بأفضلية في استيفائها تناول أصل الدين بصفة أساسية ، وتشمل طائفة معينة من المصروفات ورد بشأنها نص صريح ، وأخيراً تتضمن بعض الفوائد ذكرها المشرع على سبيل التحديد.

٩٧- نطاق الأفضلية يتضمن أولاً أصل الدين :

بينما في دراستنا لإ نشاء الرهن الرسمي ، أن قاعدة تخصيص الرهن تنصرف في شق منها إلى الدين المضمون . وقوام التخصيص في هذا الصدد هو تحديد

المبلغ المضمون في عقد الرهن أولاً . ثم في قائمة القيد ثانياً (١) .

وقد سبقت الإشارة إلى حكم اختلاف ما جاء في عقد الرهن عما ورد في قائمة القيد بشأن هذا المبلغ . فإذا كان قدر الدين المضمون يتجاوز ما ذكر في قائمة القيد . فالعبرة بالنسبة إلى الغير بما جاء فيها فقط . أما إذا كان المبلغ المذكور في القائمة يزيد عن حقيقة الدين المضمون . فهنا لا يعتد بما ورد فيها بل العبرة بقيمة الدين الحقيقية (٢) .

الديون الشرطية والاحتمالية والمستقبلية: أجاز المشرع بنص صريح (المادة ١٠٤٠) ، كما بينا من قبل ، أن يتقرر الرهن ضماناً لوفاء بدين شرطي أو احتمالي أو مستقبل ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين . وقد أضافت المادة ١٠٥٧ أن الرهن تحتسب مرتبته من تاريخ قيده (٣) .

وقد تثار الصعوبة بشأن هذه الديون في الفرض الذي يتخذ فيه أحد الدائنين الآخرين إجراءات التنفيذ على العقار ، ويتم بيعه وفقاً للقانون . حينئذ يدق الأمر بشأن اشتراك الدائن بحق شرطي أو احتمالي في توزيع ثمن العقار . ويعرض بصفة خاصة إذا كان حقه مضموناً برهن ، تسمح مرتبته بأن يتقدم سائر الدائنين . لم يعالج المشرع حكم هذه الصور ، رغم أن تطبيقها في العمل قد يثير كثيراً من الصعوبات .

نفترض في الصورة الأولى أن الدين معلق على شرط فاسخ . هذا الوصف لا يحرم الدائن من الاشتراك في التوزيع بحسب مرتبة الرهن ، لأن الشرط الفاسخ لا يصيب الالتزام في وجوده ، وإنما يهدده في مصيره . على أن حصول

(١) راجع ما تقدم فقرة ٥٠ ، ٦١ .

(٢) راجع ما تقدم ص ١٩٥ .

(٣) راجع ما سبق فقرة ٥٠ ص ١٤٨ وهامش ١ ، فقرة ٦١ .

الدائن على نصيبه في التوزيع ، قد يضر بالدائنين الآخرين . في الحالة التي يتحقق فيها الشرط فيزول الدين بأثر رجعي . لهذا استقر الفقه والقضاء في فرنسا على إلزام الدائن المرتهن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه إذا تحقق الشرط (١) .

يدق الأمر في الصورة الثانية التي يكون الدين فيها معلقاً على شرط واقف ، لم يتحقق بعد . هذا الوصف يمنع الدائن من المطالبة بحصة عاجلة في التوزيع ، لأن حقه احتمالي مشكوك في وجوده ، ومن ثم لا يحق له حرمان الدائنين التاليين له في المرتبة من استيفاء ديونهم من ثمن العقار . على أن الرأي الراجح قد اتفق على أن تقدر له حصة احتمالية ، ثم يتم التوزيع الفعلي لثمن العقار بأكمله ، ولكن يلتزم الدائنون التاليون له في المرتبة ، بتقديم تأمين يضمن الوفاء بهذه الحصة في حالة تحقيق الشرط (٢) .

يظهر لنا مما تقدم أن الصورة الأولى تختلف اختلافاً بيناً عن الثانية . فبالنسبة للدين المعلق على شرط فاسخ ، يستوفي الدائن المرتهن حصته في التوزيع ، مع تقديم ضمان يكفل الرد في حالة تحقق الشرط . وبالنسبة للدين المعلق على شرط واقف ، يختص الدائنون الآخرون بحصصهم كاملة . مقدرة على أساس ثمن العقار كله . ولكن تحتسب للدائن حصة افتراضية ، ويقدم الدائنون تأميناً يتضمن استيفاءها إذا تحقق الشرط .

تتميز الصورة الثالثة بأن حظها من التطبيق في العمل موفور . وتتصل بالديون الناشئة عن فتح الحساب الجاري . طابع مثل هذه الديون أنها احتمالية من حيث وجودها وبالنسبة إلى مقدارها ، إذ لا يتحدد ذلك إلا في تاريخ مستقبل. وقد أجاز التقنين المدني الجديد ، كما قدمنا ، ترتيب رهن ضماناً لفتح

(١) راجع بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ بند ٩٧٦ - أوبري ورو ج ٣ بند ٢٨٥ ص ٥٦٦ .

(٢) بيير رينو انسكلويدى دالوز ج ٢ ص ٩٢١ بند ٢٥٦ وما بعده .

حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو في القليل حده الأقصى . ولكنه قرر احتساب مرتبة الرهن من تاريخ قيده .

يخلع على الحساب الجارى هذا الوصف . لأنه اتفاق بين طرفين ، يستطيع كل منهما بمقتضاه قيد حقوق والالتزامات متعاقبة ترتب فيما بينهما . ولا تثبت مديونية أحد منهم بصفة نهائية إلا بقطع الرصيد وإقراره . حينئذ تتجدد كل الالتزامات ، وتزول كل الحقوق ، ويتخلف دين واحد في ذمة أحد طرفي الحساب (١). بذلك يظهر أن الفترة التي يستمر خلالها قيد الحقوق والالتزامات يكون الدين المضمون بالرهن احتمالياً ومستقبلاً . فهو لا يتحقق وجوده ، ولا يتحدد مقداره إلا بقطع الرصيد وإقراره . على أن المشرع إذ أجاز الرهن ، حدد الدين الذي يضمه بقدر معين لا بد من ذكره في العقد وفي قائمة القيد .

وكثيراً ما يحدث في العمل أن يعلق المصرف فتح حساب جار على تقديم ضمان من العميل يكفل الوفاء بما قد يترتب عليه من ديون . فإذا قدم رهناً رسمياً ، وأجرى قيد الرهن ، احتسبت مرتبته من تاريخ شهره في نطاق المبلغ المحدد في قائمة القيد .

فإذا كان الرهن يضمن الوفاء بالدين الناشئ عن الحساب الجارى خلال فترة معينة ، كأن تكون مدة سنة مثلاً ، حينئذ لا يستطيع المصرف أن يحتج برهنه إلا في حدود المبالغ التي قد تستحق له عند انقضاء هذه الفترة فقط . فإذا استمر

(١) وقد جاء في المادة ٣٤٥ من التقنين المدني الجديد ما يأتي «لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار . وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك» . سبقت الإشارة إلى أن هذا الحكم يتضمن خروجاً عن القواعد العامة في تبعية التأمينات . ذلك أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام ، وكان ذلك يقتضى زوال التأمين الذي يضمن الوفاء به . ولكن المشرع هنا أثر الحساب الجارى بحكم خاص ، فأبقى على التأمين الذي كان ضماناً للالتزام المقيد في الحساب الجارى ، ليكفل الوفاء بالدين المترتب على قطع رصيد الحساب وإقراره . انظر فيما يلي دراستنا لانقضاء الرهن الرسمى بتجديد الالتزام .

(٢) انظر جورج ريبير شرح القانون التجارى الطبعة الثالثة ١٩٥٤ بند ٢٠٧٥ ، ٢١١٣ .

الحساب مفتوحاً ، تصبح المبالغ المستحقة بعد ذلك مجرد ديون عادية لا يكفلها الرهن (١) .

أثير البحث أيضاً بشأن حصة المصرف في توزيع ثمن العقار المرهون ، إذا كان دينه احتمالياً لن يتحقق وجوده . ولن يتعين قدره بصفة نهائية إلا بقطع الرصيد وإقراره . وقد اتجه القضاء في فرنسا مذاهب مختلفة . فقليل بتوزيع الثمن على الدائنين الآخرين ، مع إلزامهم بتقديم ضمان عيني يكفل الوفاء بالمبلغ التقديرى المحدد في قائمة القيد . وقيل بإرجاء التوزيع إذا كان التحقق من وجود الدين قريباً . وثبت رأى آخر يقضى بتوزيع حصص الدائنين السابقين للمصرف في المرتبة . أما المتأخرون فتبقى حصصهم في التوزيع معلقة حتى يتحدد مصير الدين الناشئ عن الحساب الجارى (٢) .

الإيراد المرتب مدى الحياة : تعرض هنا مشكلة أخرى تتصل بالإيراد المرتب مدى الحياة . وهو الإيراد الدورى الذى يلتزم شخص بأدائه طوال حياة شخص معين ، بعوض أو غير عوض . ويكون الالتزام بعقد أو وصية . ويجوز أن يكون المرتب مقررأ مدى حياة الملتزم له ، أو مدى حياة الملتزم ، أو مدى حياة شخص آخر (المادة ٧٤١ ، ٧٤٢ من التقنين المدنى) .

كيف يكون الحال لو كان أداء هذا المرتب مضموناً برهن رسمى ؟ وما هو موقف الدائن بهذا المرتب إذا كان القيد يكفل له مرتبة يفضل بها الدائنين الآخرين في استيفاء حقه من الثمن .

لم يتعرض المشرع لحسم هذا الوضع رغم احتمال وقوعه في العمل . وقد

(١) وقد حكم القضاء المختلط بأنه إذا اتفق الطرفان فيما بعد على مد الميعاد الذى يقفل فيه الحساب أو الاعتماد ، فإن هذا الاتفاق لا ينفذ في حق الغير ، بمعنى أن الرهن لا يشمل المبالغ التى تسلمها الراهن بعد الميعاد الأصل المتفق عليه . ولو كانت جملة هذه المبالغ مضافة إلى ماتسلده في الميعاد لا تجاوز الحد الأقصى المرخص به في العقد الأصلى - استئناف مختلط ١١ يونيو ١٩٤٠ (مجموعة ٥٢ ص ٢٩٩) - حكم أشار إليه الدكتور سليمان مرقص ص ٩٦ هامش ٢ .

(٢) ديلانيول وديبير وبيكيه المرجع السابق .

وقد استقر الفقه والقضاء الراجح في فرنسا . على أن الدائن بهذا المرتب لا يستطيع أن يستأثر برأس مال يعادل الأقساط الدورية التي قد تستحق له . بل ولا يجوز إجباره على ذلك . لأن حقه قاصر على مرتب معين وليس منصباً على رأس المال .

اختلفت الاتجاهات لإرضاء هذا الدائن في التوزيع . فذهب البعض إلى وجوب حبس رأس مال معين . يودع بتوجيه المحكمة . ويستثمر استثماراً من شأنه تمكين الدائن من الحصول على مرتبه . ويعاب على هذا الرأي أنه يؤدي إلى حرمان الدائنين المتأخرين من ثمن العقار ، حتى ينقضي المرتب بوفاة من ارتبطت حياته بتقريره . إذ مادام هذا المرتب مستحقاً . لا يستطيع أي دائن متأخر أن يمس رأس المال المخصص لأدائه .

لهذه الاعتبارات المتقدمة . اتجه رأي آخر . تحدوه الاعتبارات العملية والرغبة في رعاية مصالح الدائنين المتأخرين ، إلى القول بأن الدائنين تحقق لهم الاستفادة من ثمن العقار المرهون بتوزيعه فيما بينهم ، بحسب مراتب حقوقهم . ولكن يشترط أن يتعهدوا متضامنين بأداء هذا المرتب في مواعيد استحقاقه الدورية .

ويضيف بعض أنصار ذلك الاتجاه . وجوب تقديم ضمان عيني ، يعرض الدائن بالمرتب . ما فاته من زوال الرهن المقرر على العقار (١) .

٩٨ - ينصن نطاق الأفضلية الى جانب أصل الدين طائفة معينة

من المصروفات :

المقصود بهذه الطائفة من المصروفات تلك التي يتضمنها نطاق الأفضلية

(١) راجع مورييل «مختصرات في آثار الرهن» ، القانون المدني مع التعليق باريس ١٩٤٢ ص ٣٦٨ . وما بعدها - بلانويول وريبير وبيكيه المرجع السابق - انسكلوبيدى دالوز المرجع السابق .

بقوة القانون . أى دون حاجة إلى ذكرها فى قائمة القيد . وهو ما يعنيه المشرع بقوله إنها تدخل ضمناً فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها .

حددت المادة ١٠٥٨ هذا النوع من المصروفات . فهو ينصرف أولاً إلى نفقات عقد الرهن . والأصل فيها أنها على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك (المادة ١٠٣١ الفقرة الثانية) . فإذا قام الدائن بإتفاقها دخلت فى نطاق الأفضلية . وكذلك يسرى نفس الحكم على مصروفات القيد وتجديده (المادة ١٠٥٥) .

أخيراً ينبغى الإشارة إلى أن التحديد الوارد فى نص المادة ١٠٥٨ ، قد جاء على سبيل الحصر . على هذا النحو لا يجوز للدائن المرتهن أن يضيف مصروفات أخرى يدعى بشأنها الأفضلية ، إلا إذا ورد ذكرها صراحة فى قائمة القيد .

٩٩- تحديد الفوائد التى تدخل فى نطاق الأفضلية:

عنى المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٨ ببيان حكم الفوائد . ويستجيب هذا التنظيم التشريعى إلى فكرتين أساسيتين .

تتصل الأولى بطبيعة الائتمان فى ذاته ، وهى أن الضمان العيني لا ينبغى أن يقتصر فقط على الوفاء بالدين ، بل يجب أن يمتد أيضاً إلى ما يغله هذا الدين من فوائد . ذلك أن حق الدائن يتناول رأس المال وغلته .

على أن الفكرة المتقدمة ، لا ينبغى الأخذ بها على إطلاقها . إذ لو ألحق بنطاق الأفضلية كل ما يستحق عن الدين من فوائد ، لأفضى ذلك إلى نتيجة معيبة قد تسمى إلى مركز الدائنين الآخرين . ذلك أن الدائن المرتهن ، إذا اطمئن إلى ضمان كافة الفوائد بالرهن ، قد يتكاسل فى المطالبة ، بها ، فتتراكم مبالغ باهظة .

حينئذ تتضاءل فرصة الدائن المتأخر فى الحصول على نصيب فى توزيع ثمن العقار . بل ولوقيل بإدخال كل الفوائد بقوة القانون فى نطاق الأفضلية ، لأفضى

ذلك إلى وقوع من يتعامل مع المدين في غلط. إذ أن تراكم الفوائد، وإخضاعها لمرتبة الرهن لا يتوافق للغير السبيل إلى أن يعلم به . وقد يغرى ذلك بتواطؤ المدين مع الدائن المرتهن للإضرار بهم .

يستفاد مما تقدم أن إلحاق الفوائد بأصل الدين في نطاق الإفضلية . وإن كان أمراً مرغوباً، إلا أنه لا ينبغي الإسراف في تقريره . وهذا هو الاتجاه الذي أملى على المشرع الحلول التي جاء بها .

الفكرة الأساسية التي تحكم هذه الحلول هي أن يكون الدين منتجاً لفوائد اتفق على سعرها في العقد في الحدود التي يجيزها القانون . وفي هذا الشأن تنبغي التفرقة بين عدة مراحل :

١ - المرحلة السابقة على تاريخ القيد : كل ما يستحق من فوائد قبل إجراء قيد الرهن لا يدخل في نطاق الأفضلية بقوة القانون . بل يجب على الدائن المرتهن إن أراد أن يستوفيها في التوزيع ، مقدماً على غيره من الدائنين ، أن يذكر قدرها في قائمة القيد ، شأنها شأن أصل الدين تماماً . فإن أغفل ذكرها لا يحق له استيفاءها إلا بوصفه من الدائنين العاديين .

٢ - المرحلة التي تقع بين تاريخ قيد الرهن وتسجيل تنبيه نزع الملكية . تلك هي فترة الرتبة ، التي خشي المشرع خلالها من عواقب تراخي الدائن في المطالبة بالفوائد ، واستحقاقها على نحو قد يضر بالدائنين الآخرين . ولذا حكم بشأنها بأن ما يستحق عن سنتين سابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، يدخل في نطاق الأفضلية بقوة القانون ، ودون حاجة إلى أي إجراء آخر . هذه الفوائد تلتحق بأصل الدين ويستوفيها الدائن المرتهن في التوزيع حسب المرتبة التي ينحولها له قيد الرهن .

أما ما عدا ذلك من فوائد فلا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الدائنين الآخرين . بل يجب أن يجري بشأنها قيد خاص . ولا تحتسب مرتبتها إلا من وقت إجراء هذا القيد .

هذا الحكم المتقدم يدفع الدائن إلى الانتظام في المطالبة بالفوائد والمثابرة على استيفائها . ذلك أن تراخيه يضر به . حيث قصر المشرع الأفضلية بقوة القانون في نطاق زمني معين . حددته بالسنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما الفوائد المستحقة قبل هذا التاريخ . فلا تتمتع بالأفضلية إلا إذا تم بشأنها قيد خاص . ولا تحتسب لها مرتبة إلا من وقت إجراءاته .

٣ - المرحلة التي تقع بين تسجيل تنبيه نزع الملكية وتاريخ رسو المزاد :
إذا ما شرع أحد الدائنين في التنفيذ على العقار المرهون وسجل تنبيه نزع الملكية ، ترتب على ذلك إدخال الفوائد التي تستحق للدائن المرتهن في نطاق الأفضلية بقوة القانون .

تبدأ إذن بتسجيل تنبيه نزع الملكية مرحلة ثالثة ، تؤدي إلى تمكين الدائن المرتهن من الاشتراك في التوزيع بما يستحق له من فوائد بوصفه دائناً ممتازاً ، أي تضاف هذه الفوائد إلى أصل الدين فتأخذ حكمه .

٤ - المرحلة التالية على رسو المزاد : استحدث التقنين المدني الجديد حكماً انتزعه من تجارب الماضي . فقد كان المدين في ظل التقنين السابق ، ملزماً بأداء فوائد تأخيرية خلال فترة التوزيع التي تعقب رسو المزاد ، وذلك عن كل الديون المدرجة في قائمة التوزيع . وقد ظهر ما في هذا الحكم من ظلم عليه ، فكثيراً ما تطول إجراءات التوزيع دون أن يكون له ذنب في ذلك (١) .

لهذا أحسن المشرع صنعا بتقرير حكم ورد في المادة ٢٣٠ . وخلاصة ما جاء فيها أن كافة الفوائد التأخيرية تسرى سعرها المقرر (سواء كان السعر القانوني أم الاتفاقى) إلى يوم رسو مزاد العقار . ثم تقف عن السريان بعد هذا التاريخ مباشرة . ولن تنتج الديون التي ينفذ بها على العقار ، فوائد أخرى بعد ذلك ، إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب إيلءاع

(١) انظر في هذا المعنى السهوري الوسيط ص ٩١٧ هامش ٢ .

الثن فيها : يلتزم أحد منهما بأداء فوائد عن هذا الثمن . وتحتسب الفائدة هنا على أساس السعر القانوني ، فلا يعتد بالسعر الاتفاقي الذي قد يكون ساريا في الأصل في مواجهة المدين .

وتوزع حصيلة هذه الفوائد التي قد تستحق على الراسي عليه المزااد أو خزانة المحكمة بين الدائنين جميعا قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مرتين ودائن عادي (١) .

المطلب الثالث

التزام على الأفضلية (٢)

١٠٠ - المبدأ العام - العبرة بالأسبقية في القيد - الحد من الطرافة

في بعض الاموال :

وضعت المادة ١٠٥٧ المبدأ العام الذي يحكم التزام على الأفضلية فقررت أن مرتبة الرهن تحتسب من وقت قيده ، وهو صدى لأصل قديم يجعل العبرة في المقاضلة بين الحقوق بالأسبقية في التاريخ Prior tempore potior jure . على أن التطور الحديث كما نعلم قد أدى بالتشريعات المعاصرة للإعلان عن الحقوق العينية العقارية بنظام الشهر ، فأصبحت الأسبقية في توافره هي أساس

(١) أنظر السهري الوسيط الجزء الثاني بند ٥١٨ ص ٩١٧ .

وتقرر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد «وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطل إجراءات التنفيذ . ثم إنه يحى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم في توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسي عليه المزااد وقبل الخزانة ، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له » مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٩١ .

(٢) راجع فقرة ٦٨ مكرر في أثر النش على الأسبقية في القيد .

التفصيل. ومن هنا نلمس أهمية القيد ، فهو إجراء شكلي ينفذ إلى الجوهر في لعب دور افعالا في تحديد مرتبة حق الدائن المرتهن .

غنى عن البيان أن الدائن العادي لا يزاحم دائناً مرتهناً قيد رهنه ، لأن الزاحم يقتضى المفاضلة بين دائنين اكتسب كل منهم تأميناً خاصاً على العقار .

ويلاحظ في نطاق هذا الزاحم ، أن مبدأ الأسبقية في القيد لا يلقى تطبيقاً مطلقاً ، بل يصيبه بعض استثناءات. منها ما يتصل بصور نص عليها المشرع صراحة ، ومنها ما يتعلق بحقوق أعفاها القانون من نظام الشهر ، ومع ذلك منح أصحابها أفضلية مطلقة .

سنغنى فيما يلي بعرض صور الزاحم المختلفة ، ونرجى تفصيل بعض منها لدراسات مقبلة في موضع بحثها .

١٠١ - الزاحم بين الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً :

الأصل في هذا الزاحم أن العبرة بشأنه بالأسبقية في القيد . وقد بين قانون تنظيم الشهر العقاري سبيل المفاضلة بين الدائنين . فالزاحم الموظف المختص بذكر ساعة تقديم طلب الشهر ، ثم بيان تاريخ الشهر بالدفتري المعد لذلك ، وعلى قائمة القيد ذاتها . فإذا قيدت عدة رهون في يوم واحد احتسبت مرتبة الأفضلية فيما بينها تبعاً للساعة التي أجرى فيها القيد . وهذا هو ماعنيه المادة ١٠٥٦ من التقنين المدني بقولها إن الدائنين المرتهنين يستوفون حقوقهم بحسب مرتبة كل منهم ، ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد . وقد فصلنا أحكام الشهر في دراستنا السابقة ، وبيننا أثر الشكل على الجوهر ومدى تأثير تلك الأحكام على مضمون الحقوق العينية التبعية (١) .

هذا المبدأ الذي يؤسس المفاضلة بين الدائنين على الأسبقية في القيد ، يرد عليه

(١) راجع ما تقدم فقرة ٦٠ وما بعدها .

استثناء سبقت الإشارة إليه . وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ التي تحكم رهن أحد الشركاء حصة شائعة . أو جزءاً مفرزاً في عقار مملوك على الشيوع . ثم انتقال هذا الرهن إلى قدر من الأعيان التي وقعت في نصيب الشريك الراهن . هذا الانتقال يتم وفقاً لإجراءات معينة ويقتضى إجراء قيد جديد للاحتفاظ بمرتبة الرهن السابقة (١) . على أن الاحتفاظ بهذه المرتبة بمقتضى ذلك الإجراء لا ينبغي أن يضر برهن تقرر على هذه الأعيان ، وكان صادراً عن جميع الشركاء . وبذلك حينما يتزاحم الدائن المرتهن من شريك واحد الذي استقر حقه على الأعيان التي انتقل إليها الرهن ، والدائن المرتهن من جميع الشركاء ، يفضل هذا الأخير . مع أن الأصل أن القيد الجديد الذي يجريه الدائن الأول ليس سوى مجرد إجراء للابقاء على المرتبة القديمة التي يكفلها القيد الأصلي .

١٠٢ - التزام بين الدائن المرتهن رهنًا رسميًا وبين دائن مزود

بحق امتياز عام :

لا يحكم هذا التزام قاعدة الأسبقية في القيد ، لأن ذلك لا يتصور إلا بين دائنين تقرر لكل منهم حق عيني تبعية على العقار ، فوجب على هذا النحو شهر هذا الحق عن طريق القيد . أما هنا فالمفاضلة تقع مع دائن آثره القانون بامتياز عام ، يخول له أن يتقدم سائر الدائنين حسب المرتبة التي يتمتع بها ، وذلك دون حاجة إلى شهر حقه (٢) .

وقد قرر المشرع هذا الحكم في الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ بقوله « إن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجة للشهر أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ

(١) راجع ما تقدم فقرة ٤٥ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ١١٥ وما بعدها .

(٢) انظر ما سيلي في دراستنا للامتيازات العامة في الباب المخصص لحقوق الامتياز .

مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده .

وردد المشرع هذا الحكم مرة أخرى بالنسبة إلى امتياز المصروفات القضائية (الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨) فقرر أن « تستوفى هذه المبالغ قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى » . ثم أضاف حكماً مماثلاً بشأن المبالغ المستحقة للخزانة العامة (الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩) جاء فيه وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى على المصروفات القضائية .

يستفاد مما تقدم أن الدائن المزود بامتياز عام لا يلتزم بشهر حقه لاستيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار ، بل هو يفضل الدائن المرتهن رهناً رسمياً بصفة دائمة . ولنا إلى هذه الأحكام عودة مفصلة فى دراسة حقوق الامتياز .

١٠٣ - التزام بين الدائن المرتهن رهناً رسمياً وبين دائن مزود بتأمين عقارى خاص

نعنى فى هذه الصورة التزام الذى يقع بين دائنين تقرر لكل منهم حق عينى تبعى على العقار . ويتوافر ذلك بالنسبة للدائن المرتهن رهناً حيازياً ، والدائن الذى تقرر له حق اختصاص ، والدائن المزود بامتياز عقارى خاص .

هنا يظهر مجال تطبيق مبدأ الأسبقية فى القيد ، لأننا بصدد حقوق عينية تبعية لا يحتج بها فى مواجهة الغير إلا باستكمال إجراء الشهر . وعلى هذا النحو تكون الأفضلية للدائن السابق فى القيد .

على أن ذلك المبدأ لا يلتقى فى هذا الصدد أيضاً تطبيقاً مطلقاً . بل يحد منه بعض استثناءات نص عليها المشرع صراحة .

الاستثناء الأول يتصل بامتياز المقاول والمهندس المعماري الذي عهد إليه بتشييد بناء أو ترميمه أو صيانته . فقد جاء في نص المادة ١٠٣٦ أن امتداد الرهن إلى ما يضاف إلى العقار من تحسينات وإنشاءات لا ينبغي أن يضر بهذا الامتياز . بل يتقدم صاحبه على الدائن المرتهن بصرف النظر عن مبدأ الأسبقية في القيد . ولنا إلى هذا الحكم عودة مفصلة في دراسة الامتيازات العقارية الخاصة .

أما الاستثناء الثاني فقد سبقت الإشارة إليه أيضا . ويتعلق بامتياز متقاسم العقار ضمنا لما تخوله القسمة من حق الرجوع بما في ذلك المطالبة بمعدل القسمة . هذا الامتياز يتقدم على حق الدائن المرتهن من شريك مشترك إذا انتقل الرهن بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير التي رهنّت أصلا (١) .

والاستثناء الثالث يتعلق بالدائن الذي اكتسب حق اختصاص على العقار ، وهو يعلم أن المدين رهنه من قبل الدائن آخر . هنا تثبت الأولوية للدائن المرتهن حتى ولو كان الاختصاص مقيدا في تاريخ سابق على قيد الرهن ، مادام صاحب الاختصاص كان على علم بسبق تقرير الرهن . وفي هذا الشأن قضت المادة ١٠٨٥ بأن الدائن الذي يطلب تقرير الاختصاص يجب أن يكون حسن النية . ولا يكون الدائن حسن النية إذا طلب الاختصاص على العقار وهو عالم بتعلق حق الغير به ، حتى ولو كان هذا الحق لم تتوافر فيه الشروط القانونية للاحتجاج به في مواجهة الكافة (٢) .

يبين من الحكم المتقدم أنه يتضمن الاستثناء من القاعدة التي تحسم النزاحم بين عدة دائنين مزودين بتأمين عقارى خاص على أساس الأسبقية في القيد . وهو استثناء يستجيب إلى نزعة المشرع في الحلد من إطلاق الأفضلية التي يكتسبها الدائن بمقتضى تأمين قضائي .

(١) انظر ما سيلي في دراسة حقوق الامتياز العقارية الخاصة .

(٢) انظر دراستنا التالية لحق الاختصاص ، وجوب توافر حسن النية فيمن يطلب الاختصاص .

تنبغي الإشارة أخيراً إلى حكم يتصل بالرهن الحيازي نكتفي الآن بذكره ، ونحيل في تفصيله إلى موضع دراسته . فالرهن الحيازي العقاري لا يكفي لسريانه في مواجهة الغير أن يتم قيده ، بل يلزم إلى جانب ذلك أن تنتقل حيازة العقار إلى الدائن المرتهن أو إلى يد عدل يتفق عليه . ولا تحتسب مرتبة الرهن إلا بتوافر القيد وانتقال الحيازة معا (م ١١١٤ من التقنين المدني) .

المطلب الرابع

بعض اتفاقات تتعلق بالأفضلية

١٠٤ - صور الاتفاقات التي تناول الأفضلية

يترتب على الأفضلية أن يحتل الدائن المرتهن مركزاً ممتازاً يتقدم به على سائر الدائنين في استيفاء دينه . وتتحدد الأفضلية بالمرتبة التي يكفلها إجراء قيد الرهن . وكثيراً ما تظهر مصلحة الدائن في أن يتصرف في هذا المركز الممتاز ، فينقله إلى الغير مقابل منفعة معينة . وفي هذا السبيل تعدد الأدوات القانونية لإدراك تلك الغاية .

فتارة لا يقتصر الاتفاق على الأفضلية في ذاتها ، بل يتعلق بالحق المضمون بالرهن . ويترتب عليه انتقال الحق بما يكفله من تأمينات . ويتم هذا الاتفاق عن طريق حوالة الحق (المادة ٣٠٣ وما بعدها من التقنين المدني) . ويفضي إلى ظهور دائن جديد محل القديم يطالب بنفس المدين ، ويزود بالرهن الذي يضمن الوفاء به . كذلك أيضاً قد يتحقق هذا التغيير في شخص الدائن بواسطة الحلول الاتفاق (المادة ٣٢٧ وما بعدها من التقنين المدني) . ويترتب عليه تزويد الدائن الموفى بكافة التأمينات العينية . فإن كان هناك رهن رسمي ، استفاد منه بذات المرتبة التي كان يحتلها الدائن الأول منذ قيد الرهن .

مثل هذه الاتفاقات لابد من التأشير بها في هامش القيد الأصلي حتى يحتج بها في مواجهة الغير (١) . وهي تخضع لأحكام خاصة تتصل بدراسة نظرية الالتزامات (٢) .

إنما يعنينا بصدد بحثنا الحالي ، أن نعالج الاتفاق الذي يرد على الأفضلية في ذاتها دون مساس بالحقوق المضمون ، ونقصد به التنازل عن مرتبة الرهن : الذي يفضى إلى التخلي عن المركز المفضل الذي يتمتع به الدائن المرتهن إلى دائن مرتهن آخر متأخر في المرتبة .

(١) راجع ما تقدم فقره ٦٥ .

(٢) وبما هو جدير بالإشارة أن الاتفاق الذي يتناول الالتزام المضمون ، فيلحق الرهن بطريقة تبعية ، تختلف آثاره باختلاف الأداة القانونية التي تستخدم لتحقيقه . ونكتفي هنا ببيان الفروق الأساسية . يتفق كل منهما في وجوب التأشير بها في هامش القيد الأصلي حتى يستطيع الدائن المحال له (في حوالة الحق) ، أو الدائن الموفى (في الحلول الاتفاق) أن يحتج بالرهن في مواجهة الغير (راجع ما سبق نقرة ٦٥) . ولكن يبدو الفارق بينهما على النحو الآتي :-

١ - من حيث مريان الأداة على الغير : تنشأ حوالة الحق بواسطة اتفاق يتم بين الدائن المحيل والمحال له . ولا يشترط لانعقادها رضا المدين ، ولكن يجب لسريانه في مواجهته أن يعلن بها أو يقبلها . ويشترط للاحتجاج بها على الغير أن يكون الإعلان رسمياً على يد محضر ، أو أن يكون قبول المدين لما نابت التاريخ . أما الحلول الاتفاق ، فيتحقق في صورتين . إما أن يتفق الدائن مع الموفى على هذا الحلول في تاريخ معاصر للوفاء ، وإما أن يرد في عقد قرض أبرمه المدين بقصد الوفاء بالدين ، فينعض فيه على حلول المقرض محل الدائن . وأياً ما كانت صورة الحلول فيلزم لسريانه في مواجهة الغير ، وبالتالي انتقال الرهن لصالح الموفى ، أن تكون مخالصة الوفاء في الصورة الأولى ، أو عقد القرض ومخالصة الوفاء في الصورة الثانية قد توافر لكل منها تاريخ ثابت محقق وفقاً لنص المادة ٣٩٥ .

٢ - من حيث آثار الأداة : هنا تظهر الفروق الجوهرية . فالحلول الاتفاق لا ينبغي أن يضر بالدائن الذي تلقى الوفاء . وهو لا ينتج آثاره إلا بالقدر اللازم فقط لتمكين الدائن الموفى من الرجوع على المدين بما وفاء . ويترتب على هذا القول النتائج الآتية :-

١ - الحلول لا يضر بالدائن الذي تلقى الوفاء . وقد عبرت المادة ٣٢٠ / ١ عن هذا المبدأ . ويظهر أثره في حالة الوفاء الجزئي . فإذا كان الدين مثلاً مبلغ ٢٠٠ ، فأدى الموفى مبلغ ١٠٠ ، فهنا تظل الأفضلية للدائن الأول في استيفاء ما تبقى له من قيمة العقار المرهون ، فإذا بيع العقار بمبلغ ١٠٠ لا يبقى للموفى شيء لأن حلوله مقيد بعدم الإضرار بالدائن الذي تلقى الوفاء الجزئي . هذا الأثر لا يتوافر بالنسبة إلى حوالة الحق إذا انصبت على جزء من الدين . ففي المثال السابق =

١٠٥ - التنازل عن مرتبة الرهن - النص القانوني

نصت المادة ١٠٥٩ على ما يأتي « للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيّد على نفس العقار . ويجوز انتمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة » .

يستمد من النص المتقدم أن الصيغة التي يعرض لها المشرع تفترض تعدد الدائنين المرتهين لذات العقار . وينصب الاتفاق على دعوة من جانب الدائن المتقدم إلى دائن آخر متأخر ، ليحتل هذا الأخير مرتبة الأول . وتعدد البواعث التي تدفع إلى مثل هذا الاتفاق . فقد يكون ذلك مقابل عوض معين وقد يقع بنية التبرع ، اعتماداً من الدائن المتنازل على انتفاء مصلحته في الرهن لوجود تأمين آخر يضمن له استيفاء دينه (١) .

— يتزاحم الدائن المحال له ، والدائن المحيل كل منهما على قدم المساواة لاستيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، فيأخذ كل دائن مبلغ ٥٠ .

ب - الحلّ لا ينتج آثاره إلا بالقدر اللازم فقط لتمكين الموفّي من الرجوع على المدين بما وفاء . أي أن الموفّي لا يرجع على المدين إلا بقدر ما دفعه فعلاً لا بقدر الدين كله ، وذلك على عكس الحال في حوالة الحق ، إذ للدائن المحال له أن يرجع على المدين بقيمة الدين كله ولو كان قد دفع للمحيل ثمناً أقل من قيمته . وذلك أن حوالة الحق تتضمن معنى المضاربة وتهدف على هذا النحو إلى تحقيق منفعة للمحال له . أما الحلّ الا لتفاني فهو أداة قانونية اصطنعها المشرع لتمكين الموفّي من الرجوع بما دفعه وتزويده بالتأمينات التي كانت تكفل الوفاء بالدين . وبذلك لا يضمن الرهن في الحلّ الا لتفاني إلا المبلغ الذي دفعه الموفّي ، أما في الحوالة فهو يضمن الدين كله بصرف النظر عما دفعه المحال له .

بما تقدم يتضح لنا إذن أن الاتفاق الذي ينصب على الا لتزام المضمون ، فيعكس على الرهن يختلف أثره من حيث الأفضلية باختلاف الأداة التي تستخدم لتحقيقه .

(١) ويلاحظ في هذا الشأن أن إجازة المشرع لمثل هذا التنازل ، قد يفضي إلى تمكين الراهن من الاحتفاظ دائماً بالمرتبة الأولى في حدود الدين الذي تضمن الوفاء به ، للحصول على ائتمان آخر من دائن جديد . ويتيسر ذلك باستخدام أداة الا لشراط لمصلحة الغير . وصورة =

والمشرع إذ أقر هذا الاتفاق حد من إطلاقه بقيده هام . وهو وجوب عدم الإضرار بالدائنين الذين يحتلون المراتب الوسطى التي تقع بين المرتبة الأولى والمرتبة المتأخرة . مثال ذلك أن يكون (ا) ، (ب) ، (ج) دائنين مرتبتهن يحتل كل منهم المرتبة الأولى والثانية والثالثة . يجوز عقد اتفاق يتنازل (ا) بمقتضاه عن مرتبته إلى (ج) ، ويشترط ألا يفضي هذا التنازل إلى الإضرار بمركز (ب) . ويترتب على ذلك ما يأتي : -

١ - لا يجوز النزول عن مرتبة الرهن إلا في حدود قيمة دين المتنازل . فلو كان دين (ا) ألف ، دين (ج) الفين ، فإن هذا الأخير لا يحتل المرتبة الأولى إلا في حدود مبلغ ألف فقط . والقول بغير ذلك يسيء إلى مركز الدائن صاحب المرتبة الوسطى .

٢ - يحق للدائن الأوسط (ب) أن يتمسك في مواجهة المتنازل له بكافة الدفع التي كان من حقه أن يحتاج بها في مواجهة المتنازل (ا) . وقد استثنى القانون من ذلك ، الدفع المتصل بانقضاء دين المتنازل إذا توافر سببه في تاريخ

= ذلك أن يتم اتفاق بين المدين والدائن المرتب ، فيلتزم الأخير بمقتضاه أن يتخلى عن مرتبته لصالح دائن جديد إذا منح ائتماناً للمدين . وليس في القواعد العامة ما يمنع مثل هذا الاتفاق ، على أنه يخضع لما جاء في المادة ١٠٥٩ من أحكام . فلا يجوز أن يضر هذا التنازل بدائن آخر . وهو لا يسرى في مواجهته إلا إذا تم التأثير به في هامش القيد الأصلي ، ولا يحتاج به إلا في حدود المبلغ المستحق للدائن صاحب المرتبة الأولى . وفلا بد أن استخدام هذه الأداة ييسر للمدين أن يبقى بصفة دائمة على المرتبة الأولى ، يستعين بها للحصول على ائتمان جديد ، وهذا يبدو أن الحكم الذي أخذ به المشرع قد يصطدم باتجاهه العام في مبدأ تبعية الرهن في القانون المصري . ولكن تنبني الإشارة من ناحية أخرى أن الدائن الذي قد ياحقه الضرر من الإبقاء على هذه المرتبة يجوز له دائماً الاحتجاج بكافة الدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن المتنازل . فإذا كان دين هذا الأخير قد أصابه البطلان ، أو زال لتوافر سبب من أسباب الانقضاء في تاريخ سابق على التنازل ، فإن هذا الاتفاق لا يعتد به ويحق للدائن صاحب المرتبة الوسطى أن يحتل المرتبة الأولى المفضلة ، وينكر على المتنازل له استفادته منها .

لاحق على التنازل عن مرتبة الرهن . إذ أن الدائن المتأخر إذ يحتل المرتبة الأولى
يكتسب حقاً عليها . ولا يجوز التمسك قبله بأسباب انقضاء لاحقة أصابت
دين المتنازل .

أخيراً يستفاد من المادة ١٠٥٩ أن التنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر
لا يسرى في مواجهة الغير ، إلا إذا حصل التأثير به في هامش القيد الأصلي؛
وقد أشرنا إلى هذا الحكم في دراستنا للتأثيرات الهامشية . (١)

(١) راجع ما سبق في دراسة التأشير في هامش القيد فقرة ٦٥ .

المبحث الثالث

التتبع

(علاقة الدائن المرتهن بجائز العقار المرهون)

١٠٦ - سلطة الدائن المرتهن في التتبع أثر للحق العيني التبعي

- تقسيم :

قدمنا من قبل أن الرهن يزود الدائن المرتهن بحق عيني تبعي . محل هذا الحق هو العقار ، وبعبارة أخرى أدق هو الكيان الاقتصادي للعقار . ويترتب على تقريره أن الدائن يستطيع إقصاء أي مزاحم له في استيفاء دينه من القيمة التي يمثلها العقار (١) ، وذلك حسب المرتبة التي يكتسبها بمقتضى قيد الرهن .

هذه القيمة الاقتصادية تعتبر عنصراً هاماً . فهي التي يتحدد على أساسها المقابل النقدي للعقار إذ أراد مالكة أن يتصرف فيه . وتقرير الحق العيني التبعي ينحول لصاحبه الاستئثار بهذا المقابل . فالراهن تظل له السيطرة على المنافع التي يغلها العقار ، ولكن الدائن المرتهن يربص بقيمته الاقتصادية . وعلى هذا النحو أجاز له أن يتتبعها في الأحوال التي تنتقل فيها ملكية العقار ، أو أي حق عيني آخر قابل للرهن ، إلى شخص آخر غير الراهن .

هذا هو التتبع الذي أفصحنا عنه الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٠ بقولها « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه » وليست هذه الفقرة سوى تطبيق صادق للمادة ١٠٣٠ التي تقرر أن الدائن المرتهن يتقدم على غيره من الدائنين ، وله استيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد يكون .

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ .

وحتى تيسر الإحاطة بأحكام التتبع سنتعقبه منذ أن ينشأ . حتى ينقضى ،
وبذلك نتناول بالبحث فيما يلي نشأة التتبع ومباشرته ، وأخيراً نختم دراسته
ببيان انقضائه .

المطلب الأول

نشأة التتبع

١٠٧ - كيف ينشأ التتبع - الدلالة الاصطلاحية لتعبير حائز العقار

المرهونه - النص القانوني

يبدأ حق الدائن المرتهن في التتبع ، يوم أن ينتقل العقار إلى يد شخص
آخر يسمى « بالحائز » . على أن هذا التعبير له دلالة اصطلاحية ، من ثم وجب
التعريف بقصد المشرع منه .

تكفلت المادة ١٠٦٠ في فقرتها الثانية بتعريفه فنصت على ما يأتي « ويعتبر
حائزاً للعقار كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار ،
أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولاً مسئولية
شخصية عن الدين المضمون بالرهن » .

على ضوء ما جاء في هذه المادة ييسر بيان الشروط الواجب توافرها ، حتى
يصدق على الشخص وصف حائز العقار المرهون ، بالمعنى المقصود في التتبع .
وسنعي قبل فحص هذه الشروط ، بالنظر إلى التكييف القانوني لمركزه ،
فقد أثار بين الفقهاء بعض الجدل .

١٠٨ - التكليف القانوني لمركز حائز العقار المرهون - رفض

نظرية الالتزام العيني - التنفيذ أثر للمحو العيني التبعي :

بذلت محاولات فقهية في أواخر القرن التاسع عشر ، كتب لها بعض النجاح لحلق طائفة جديدة من الالتزامات تكتسب الصفة العينية (١) . قوام هذا الاتجاه أن بعض الالتزامات تنزع وجودها من شيء تلحق به ، وتكليف الشخص بأدائها لا يستند إلى توافر صفة المديونية فيه ، بل أساسه هو حيازة الشيء . ونتيجة هذا التصوير أن الالتزام يزول عن الشخص إذا تصرف في الشيء إلى الغير . وهنا تظهر الخصيصة الجوهرية في تقدير هذه النظرية ، فالتخلي عن الشيء أو تركه يبريء ذمة الشخص من الالتزام ، ويلقى بعثه على حائزه الجديد .

هذه هي نقطة البداية في نظرية الالتزام العيني ، وعلى ضوءها حدد الفقه الذي روج لها نطاق تطبيقها . ونحن نجتزئ منه ما يمس دراستنا . وقد قيل في هذا الصدد أن حائز العقار المرهون يتحدد مركزه على أساس أن التزامه عيني وذلك باعتبار أن الدائن المرتهن ، لا يستطيع أن يجبره على وفاء الدين ، كقاعدة عامة ، وإنما تتحدد مسؤوليته في حدود قيمة العقار المرهون . وهو يبريء ذمته ، وبالتالي لا يجوز توجيه الإجراءات إليه ، إذا تخلى عن العقار . وهكذا ينتهي هذا الفقه إلى وجود التزامات عينية ، تتميز بطبيعتها وآثارها عن الالتزامات الشخصية (٢) .

ونحن من ناحيتنا لا نؤيد هذا التصوير ، ذلك أن الالتزام يقتضي بطبيعته

(١) روج هذه النظرية الأستاذ ميشون «الالتزامات العينية في التقنين المدني» رسالة من نانسي ١٨٩١ - انظر تعليق بونكاز في الملحق لمطول بودري ج ٥ ص ٣٥١ - ميشيل دي جيجلار «الالتزامات العينية وحقوق الارتفاق» رسالة من بوردو ١٩٣٧ - راجع في الفقه المصري شفيق شحاته في نظرية الحق العيني ، عبد الحى حجازي في نظرية الالتزامات ج ١ ص ٧٧ وما بعدها . وانظر في نقد هذه النظرية اسماعيل غانم في أحكام الالتزامات ٢١ وما بعدها . انظر أيضاً ما تقدم في دراسة الكفيل العيني فقرة ٨٥ .

(٢) هذا هو التصوير الذي قدمه الأستاذ ميشون مؤسس النظرية ، وقد رجعت إليه في بونكاز المرجع السابق فقرة ١٧٤ ، ١٨٢ .

إسناده إلى شخص ، ولا يجوز القول بانتزاع وجوده من شيء . بل وإذا اقتصرنا على الحائز للعقار المرهون ، لوجدنا إمكان الاستغناء عن هذه النظرية لتفسير مركزه .

أداة هذا التفسير هي مضمون الحق العيني التبعي الذي يكتسبه الدائن المرتهن للعقار (١) . هذا الحق ، وكما قدمنا ، يصيب العقار في كيانه الاقتصادي ، فيدخل لصاحبه أن يستوفي دينه من المقابل النقدي للعقار ، وذلك بصرف النظر عن بقائه مملوكاً للراهن ، أو انتقال هذه الملكية إلى شخص آخر ، لأن الأصل في الحقوق العينية ، أنها تجيز لمن تقررت له أن يتبع الشيء في أي يد كان . ولئن كان هذا الحكم يصطدم في المنقول بحيازة شخص حسن النية ، فهو في العقار يلقي تطبيقاً مطلقاً .

على ضوء ما تقدم يتبين لنا أن حائز العقار المرهون لا تتوافر فيه صفة المديونية ، وبالتالي أيضاً فهو لا يسأل عن أداء الدين في أي مال من أمواله . ولكن ذلك لا يمنع الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار الذي انتقلت ملكيته للحائز ، ليس لأنه مدين بالتزام عيني ، وإنما لأن حق الدائن ينحول له أن يتعقب العقار لاستيفاء دينه من مقابله النقدي .

تحديد مركز حائز العقار المرهون على النحو المتقدم يمهد لنا بيان الشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه ، حتى يصدق عليه هذا الوصف .

١٠٩ - الشروط الواجب توافرها في حائز العقار المرهون :

يباشِر الدائن المرتهن سلطته في تتبع العقار في مواجهة حائز العقار المرهون . على أن صفة الحائز ، التي تفضي إلى مباشرة التتبع ، تقتضي توافر شروط معينة .

هذه الشروط تستند في مجموعها إلى ما قدمناه بشأن مركز الحائز . فهو

(١) انظر بونكاز المرجع السابق فقرة ١٩٣ - إسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٢٢ .

شخص لا تتوافر فيه صفة المديونية . ولكن مضمون الحق العيني التبعي الذي اكتسبه الدائن ، يخول له أن يتعقب العقار في أي يد كان .

على ضوء ما تقدم ينبغي تفهم نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٠ التي تقضى بما يأتي « ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار ، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن » .

يستفاد من هذا النص . وجوب توافر الشروط الآتية في الشخص ، حتى يعتبر حائزاً للعقار المرهون بالمعنى المقصود في التتبع .

١ - يجب أن تنتقل إلى الحائز ملكية العقار المرهون كله أو بعضه ، أو أي حق عيني قابل للبيع بالمراد العيني بصفة مستقلة . والعلة في هذا الشرط أن أي تصرف قانوني يعقده الراهن بشأن العقار لا يقتضي حتماً نشأة تتبع . وإنما التتبع ينشأ فقط حيث يتقرر حق عيني يجوز بيعه . عندئذ يتعرض مركز الدائن المرتهن للخطر ، فيحق له أن يباشر سلطة التتبع ، ويتحقق ذلك إذا اكتسب الحائز ملكية العقار وهذه هي الصورة الغالبة . ويتوافر أيضاً إذا تقرر له حق انتفاع (١) ، أو إذا تصرف الراهن في ملكية الرقبة واحتفظ بالانتفاع ، إذ

(١) يلاحظ أن نص المادة ١٠٦٠ يعتبر حائزاً للعقار كل من انتقلت إليه ملكيته أو أي حق عيني قابل للرهن ، هذه الصفة الثانية لا تصدق إلا على حق الانتفاع . ولذلك قد تتخذ هذه المادة سنداً لتأييد الاتجاه الغالب في الفقه المصري بشأن جواز حق الانتفاع في القانون المصري وقد سبق أن أثرنا الشك في إمكان رهنه . على أننا لم نسلك هذا المسلك لأن حق الانتفاع في ذاته غير قابل للرهن ، وإنما استندنا إلى النصوص التي تبين الشروط الواجب توافرها في شخص الراهن . وفي محل الرهن . وقد أشرنا في هذا الصدد أن المشرع لم يفصح عن نيته في رهن حق الانتفاع لندرة وقوعه في مصر . (راجع ما تقدم فقرة ٥٢ ، ص ١٥٣) . أما الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٠ فهي وإن كانت تصلح سنداً للكشف عن هذه النية ، إلا أن دلالتها قاصرة . فهي أتت بصفة أصيلة لتحديد معنى الحائز ، فاعتبرت حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه ملكية العقار أو أي حق عيني قابل للرهن ، وتقصد في الواقع كل حق عيني قابل للحجز . وأياً ما كان الأمر فيبدو لنا أن المشرع في صياغة هذه المادة قد انصرفت عنايته فقط إلى بيان الأحوال التي تخول للدائن المرتهن أن يباشر التتبع ، دون أن يقصد وضع مبدأ عام بشأن رهن حق الانتفاع .

يعتبر مالك الرقبة ايضاً حائزاً للعقار المرهون .

تطبيقاً لما تقدم لا يصدق وصف الحائز على مستأجر العقار ، أو مجرد واطع اليد عليه إذا لم يكن قد اكتسب ملكيته بالتقادم . فالدائن المرتهن لا يتعقب العقار في هذه الصورة ، وإنما له أن ينفذ عليه في مواجهة مالكه .

كذلك لا يعتبر حائزاً كل من اكتسب حقاً عينياً غير قابل للبيع بالمزاد العلني وذلك كحق الاستعمال أو السكني ، وحق الارتفاق أيضاً لأنه لا يجوز بيعه مستقلاً عن العقار . بل يباشر الدائن إجراءات التنفيذ في مواجهة الراهن . ولا يحتاج عليه بهذه الحقوق إذا تم شهر التصرفات القانونية التي تقررت بمقتضاها قبل قيد الرهن .

وإذا تصرف الراهن في عقارات بالتخصيص ، فلا يكون المتصرف إليه في مركز الحائز بطبيعة الحال . وذلك أن مجرد التصرف يرد إليها طبيعتها المنقولة ، وتخضع عندئذ لما قدمناه من أحكام بشأن تعلق حق الدائن المرتهن بالعقارات بالتخصيص (١) .

وغنى عن البيان أن الدائن لا يتتبع العقار في مواجهة دائن مرتهن آخر ، لأن الرهن ليس من الحقوق العينية التي تخلع على صاحبها صفة الحائز . بل يستطيع أى منهم أى يوجه إجراءات التنفيذ إلى الراهن ، ويحسم التزامهم بينهم مبدأ الأسبقية في القيد .

٢ - يجب أن تنتقل ملكية العقار أو الحق العيني القابل للبيع استقلاً ، بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

ويستفاد من هذا الشرط أن حق الحائز إذا تم شهره في تاريخ سابق على قيد

الرهن . فهنا لا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه في مواجهة . وبالتالي
يتمتع عليه مباشرة سلطة التتبع .

أما إذا أجرى الشهر بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . فهنا لا يسرى حق
الحائز على الدائن المرتهن . وفي هذا الشأن تنص المادة ٦١٦ من تقنين المرافعات
على أنه « لا ينفذ تصرف المدين في العقار إذا كان التصرف قد حصل شهره
بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (١) » .

٣ - يجب أن يسجل الحائز سند ملكيته أو السند المنشئ للحق العيني ،
إذا كان قد تلقى الحق بموجب تصرف قانوني . وليس هذا الشرط سوى مجرد
تطبيق لنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري التي تستلزم تسجيل جميع
التصرفات والأحكام التي يترتب عليها إنشاء أو نقل أو تغيير أى حق من
الحقوق العينية العقارية الأصلية . وينتج عن عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ
ولا تنتقل ولا تتغير لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

أما إذا كان الشخص قد اكتسب ملكية العقار بسبب التقادم . فهنا لا يلزم

(١) وقد تقرر هذا الشرط في تقنين المرافعات استجابة إلى ماسار عليه قضاء محكمة النقض .
فقد جاء في حكم لها في ١٩ ديسمبر ١٩٣٥ (منشور في مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص
٩٨٨) «إن إنذار الحائز إنما يكون واجباً في صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود في ذلك
الطرف الزمى الذي ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء ويندره بنزع الملكية ، ولو وجب
على الدائن المرتهن أن ينذر كل من يحوز العقار بعقد لم يسجل إلا بعد ذلك الطرف الزمى ،
لكان في هذا تكليف الدائن المذكور أن يظل ملازماً لقلم التسجيلات يكشف فيه يومياً عن
حدوث تسجيل لتصرف من المدين ، حتى يقوم بواجبه من إنذار المتصرف إليه ، وهذا خطأ
وفساد رأى يتنزه عنه الشارع » . ويلاحظ أن تقنين المرافعات قد أجاز سريان التصرف الذي
يسجل بعد تنبيه نزع الملكية إذا قام المتصرف إليه بسداد حقوق الدائنين ، ويكفى في هذا الشأن
أن يقوم بإيداع أصل الحق وفوائده والمصاريف في خزانة المحكمة قبل اليوم المحدد لبيع العقار .
راجع في تفصيل ذلك المفقور له الدكتور محمد حامد فهمي' فقرة ٣٤٩ :

تسجيل سنده ، ومع ذلك يصدق عليه وصف الحائز ، فيجب أن يعامله الدائن المرتهن على هذا الأساس . ويستفاد ذلك صراحة من نص المادة ١٠٦٠ ، التي جاءت صياغتها خالية من أية إشارة لضرورة تسجيل سند الحائز. وهي على هذا النحو تدخل في نطاق تطبيقها صورة اكتساب الملكية بالتقادم . ولا يصح الاحتجاج في هذا الصدد بما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٦٢٦ في تقنين المرافعات التي تعبر عن الحائز بأنه من آل إليه العقار بعقد مسجل . فهذه المادة تبين الإجراءات التي يجب اتباعها في مواجهة الحائز ، وقد أشارت بصفة عرضية لتعريف الحائز في الصورة الغالبة المألوفة ، وهي التي يتلقى فيها ملكية العقار بموجب تصرف قانوني . على أنها لم تقصد وضع تعريف جامع يرجع إليه لتحديد معنى الحائز في التتبع . المرجع الأصلي لهذا التحديد هو ما وضعه التقنين المدني من أحكام . ويستفاد ذلك صراحة من المذكرة الإيضاحية للمشروع الأول لقانون المرافعات ، فقد جاء فيها « الأصل أن تعريف الحائز من اختصاص القانون المدني لا قانون المرافعات . إلا أن الضرورة اقتضت أن يرد التعريف في هذا القانون حتى يتسنى إلحاق بعض الأشخاص بالحائز ، وفي التعريف الوارد في المشروع من الدقة والتحديد ما يكفي لمواجهة الصور العادية التي تنتقل فيها ملكية أى حق عيني على العقار يجوز بيعه من المدين إلى شخص ثالث . . » ظاهر إذن أن نية المشرع لم تنصرف إلى الاستئثار بوضع تعريف شامل للحائز ، بل اضطرت إلى ذلك لتحديد الأشخاص الذين تتبع في مواجهتهم الإجراءات التي رسمها . وهو في تعريفه لم يعرض إلا للصور العادية لكسب الملكية أو الحقوق العينية العقارية .

٤ - يجب ألا تتوافر في الحائز صفة المديونية . وهذا هو ما يعنيه المشرع بقوله في م ١٠٦٠ ، ألا يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين .

المقصود بهذا الشرط أن صفة الحائز لا تصدق إلا على شخص لا تقوم فيه صفة المديونية في مواجهة الدائن المرتهن . أما حيث تتوافر صفة المديونية ، تتخلف فوراً صفة الحائز فيمن تلقى ملكية العقار أو أى حق عيني قابل للبيع .

تطبيقاً لما تقدم لا يعتبر حائزاً للعقار المرهون المدين المتضامن أو الكفيل الشخصي . بل ولا يعتبر الكفيل العيني أيضاً حائزاً للعقار المرهون . وذلك أنه كما قدمنا من قبل قد التزم في مواجهة الدائن فتوافرت فيه صفة المديونية ، ولكنها مديونية تسند لها مسئولية محددة ، قاصرة على القيمة الاقتصادية للعقار المرهون .

وعلى هذا النحو لا تنطبق على الكفيل العيني كافة الأحكام التي وضعها المشرع بشأن الحائز ، وبصفة خاصة و كما قدمنا يجب على الدائن أن يتخذ في مواجهته اجراءات التنفيذ كاملة ، ولا يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بتطهير العقار ، لأنها وسيلة قانونية تمتنع على كل من توافرت فيه المديونية في مواجهة الدائن . على أنه يلاحظ في هذا الشأن ، أن المشرع أجاز له تخليه العقار وهو حكم مرده إلى المسئولية المحددة في نطاق هذا العقار . لذلك لم ير القانون حرجاً من إمكان مباشرة اجراءات التنفيذ في مواجهة شخص آخر إذا عبر الكفيل عن رغبته في التخلية (١) .

ولا يعتبر الوارث أيضاً حائزاً للعقار المرهون . ويتجه الرأي السائد إلى تأصيل هذا الحكم بالاستعانة بالمبدأ الذي يقضى ألا تركه إلا بعد سداد الدين . فهو من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إلى الوارث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن ، أي بعد زوال الرهن . أما إذا صفت التركة وفقاً للاجراءات التي نظمها القانون ، ووقع في نصيب الوارث العقار المرهون ، فتحمل ما عليه من دين ، فإن الوارث في هذه الحالة يكون مسئولاً شخصياً عن الدين ، فلا يجوز أيضاً اعتباره حائزاً للعقار المرهون (٢) .

على أن هناك اتجاهاً فقهياً حديثاً يفضي إلى النتيجة المتقدمة ، ولكنه ينكر التبرير المؤدى إليها . ذلك أن افتراض بقاء شخصية المورث بعد وفاته ، للقول

(١) راجع ما تقدم بند ٨٥ وانظر ما يلي في دراسة تطهير العقار وتخليته .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٩٤ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤١٣ ،

سليمان مرقس ص ١٩٢ .

بألا تركة إلا بعد سداد الديون ، يستند إلى صناعة قانونية ، يمكن الاستغناء عنها . والواقع من الأمر أن الديون تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث ، ولكن المديونية هنا تقرر بمسئولية محددة تقتصر فقط على ما تلقاه الورثة من أموال . وغنى عن البيان أن التسليم بهذا النظر الجديد ، ينكر صفة الخائز على الوارث أيضا ، لأنه يعتبر مسئولا عن أداء الدين (١) .

٥ - يجب ألا يترتب على سند الخائز زوال ساطة التبع . ويتحقق ذلك في كافة الصور التي تنتقل فيها الملكية إلى شخص آخر مطهرة من كل رهن . فاذا نزع مثلا ملكية العقار للمنفعة العامة ، فاكسب صفة الأموال العامة ، لا يجوز للدائن المرتهن أن يتبع العقار تحت يد الجهة الحكومية التي نزع ملكية . وإنما ينصب حقه على التعويض المستحق كما بينا من قبل (٢) . كذلك الحال أيضا إذا ما بيع العقار بيعا جبريا ورسا المزاد على شخص معين ، فإن تسجيل حكم مرسى المزاد يترتب عليه تطهير العقار من كل التأمينات التي تثقله - م . ٦٩٠ مرافعات - (٣) .

واستحدث قانون الاصلاح الزراعى حكما متعلقا باستيلاء الحكومة على القدر الزائد عن مائتى فدان ، فقد نصت المادة ٧ من هذا القانون على ما يأتى « إذا كانت الأرض التي استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز استنزل من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق . وللحكومة إذا لم تحل محل المدين فى الدين ، أن تستبدل

(١) انظر فى تقديم هذا الاتجاه اسماعيل غانم «دراسة نقدية لفكرة الذمة المالية فى القانون المصرى والفرنسى» رسالة إلى كلية حقوق باريس ١٩٥١ ص ٥٦ وما بعدها ، ومحاضراته فى الحقوق العينية الأصلية الإسكندرية ١٩٥٣ (على الآلة الكاتبة) ص ١٣٥ وما بعدها .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٩٤ .

(٣) انظر ما سبيل فى دراسة التطهير وانقضاء الرهن حيث يعرض البحث بشأن وجوب دفع الثمن للدائنين أو إيداعه فى خزانة المحكمة لوقوع التطهير .

بها سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين . على أن تستهلك هذه السندات في مدة لا تزيد عن ثلاثين سنة . . . » .

يستفاد إذن من هذا النص أن ملكية القدر الزائد إذا وزعت على صغار الفلاحين ، تخلص لهم خالية من أن حق عيني تبغى بثقلها ، وعلى هذا النحو فلا يعتبر المزارع في مرتبة الحائز في مواجهة الدائن (١) .

المطلب الثاني

مباشرة التابع

١١٠ - مركز الحائز قبل مباشرة التبعية محائل لمركز الراجح -
تحديد النطاق الزمني لسلطة الحائز في الاستغلال والتصرف :

ينحصر الحائز في الفترة السابقة على مباشرة التبعية لكافة الأحكام التي عالجناها بشأن مركز الراجح خلال الفترة السلمية التي تسبق التنفيذ على العقار المرهون . فهو يظل متمتعاً بالسلطات التي يكفلها حق الملكية من استعمال واستغلال

(١) يلاحظ في هذا الشأن أن القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أمرة محمد على المصادرة لم ينقل إلى الدولة ملكية العقارات مطهرة من الرهون المقررة عليها ، وبالتالي يجوز للدائنين أن ينفذوا عليها في مواجهة لجنة تصفية الأموال المصادرة . فقد جاء في م ٢/٨ ما يأتي «تنتقل الأعيان التي آلت ملكيتها للدولة نتيجة لقرار المصادرة مثقلة بالتأمينات التي كانت مثقلة بها قبل هذا القرار لصالح أصحاب الديون التي تكفل هذه التأمينات حقوقهم بالنسبة لحساب مرتبتها ، دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات تجديد القيد لحفظ هذه المرتبة ، ولا يجوز الحصول على حق اختصاص على عقار من العقارات المصادرة ، ويقع غير نافذ في حق باقي الدائنين كل اختصاص أخذ بعد ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ » . وتنطبق أحكام هذه المادة على الأموال المصادرة من محكمة الثورة وأموال الأحزاب المنحلة (أنظر القانون رقم ٦٤٨ لسنة ١٩٥٣ م ٦) .

وتصرف ، وذلك مع مراعاة القيد المتصل بعدم الإضرار بالدائن المرتهن والإنقاص من قيمة التأمين (١) .

ولكن تنبئ الإشارة بصدد الحائر إلى بعض أحكام جاءت في تقنين المرافعات تتصل بسلطتي الاستغلال ، والتصرف ، وتقييد كل منها من حيث النطاق الزمني لمباشرتها .

سلطة الاستغلال : الأصل هو إطلاق حرية الحائر في توجيه استغلال العقار وفي قبض ثماره والتصرف فيها ، على غرار ما قدمنا بشأن الراهن .

وقد ظهر لنا من دراستنا المتقدمة أن سلطة الراهن في الاستغلال يصيبها بعض القيود . نشير من بينها بصفة خاصة إلى أن تسجيل تنبيه نزع الملكية يترتب عليه إلحاق الثمار بالعقار ، فتأخذ حكمه ويتعاق بها حق الدائن المرتهن ، فيجرى عليها ما يجرى بشأن توزيع ثمن العقار ونشير أيضاً إلى أن قبض أجرة معجلة أو تحويلها لا يسرى في مواجهة الدائن إلا إذا كان للمخالصة أو الحوالة تاريخ ثابت قبل تسجيل التنبيه ، وهي لا تنفذ إذا تجاوزت ثلاث سنوات إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن .

هذه الآثار المتقدمة لا تترتب في مواجهة الحائر ، الذي انتقلت إليه ملكية العقار ، إلا منذ اتخاذ آخر إجراء يوجه إليه ، ويعبر عنه في لغة قانون المرافعات بإنذار الدفع أو التخلية . وكأن حائر العقار إذن لا يخضع للقيود المتقدمة إلا إذا أعلن بإنذار الدفع أو التخلية . هذا هو ما عبرت عنه المادة ٦٢٧ مرافعات بقولها : « يترتب على إعلان الإنذار في حق الحائر جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد ٦١٧ - ٦٢٥ » ويقصد بها القيود المترتبة على تسجيل تنبيه نزع الملكية بالنسبة إلى تقييد حق الراهن في استغلال العقار والاستثمار بشمرااته .

(١) راجع ما تقدم في دراستنا لتقييد حق مالك العقار المرهون في استعماله واستغلاله والتصرف فيه فقرة ٧١ وما بعدها . وانظر أيضاً أثر تسجيل تنبيه نزع الملكية على قيد الرهن والتصرف في العقار فقرة ٦٨ .

ويراعى في هذا الصدد أن المشرع لم يشترط تسجيل الإنذار الموجه للحائز بالدفع أو التخليّة ، حتى تلتحق الثمار بال عقار ويتقيد حقه في الاستغلال . بل رتب هذه الآثار على مجرد إعلان الحائز بالإنذار .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن المشرع اشترط تسجيل الإنذار ، لتحقيق هدف آخر . فقد أراد بهذا التسجيل تمكين الغير الذي قد يتعامل مع الحائز من العلم بإنذاره ، وذلك إذا ما أطاع على الحالة القانونية للعقار في الدفاتر المعدة لهذا الغرض بالشهر العقاري (١) .

منظم التصرف : الأصل هنا أيضاً أن حائز العقار تنطلق حرّيته في التصرف فيه . فقد عامنا أن الرهن الرسمي لا يمس ساطة مالك العقار في التصرف . ولكن هذه الحرية تتقيد منذ اتخاذ إجراء معين من جانب الدائن .

قد يبدو لأول وهلة أن حرية الحائز في التصرف تظل باقية حتى يقوم الدائن بإعلانه بإنذار الدفع أو التخليّة ، وذلك على غرار ما قدمنا بشأن تقيد سلطته في استغلال العقار وقبض ثماره .

(١) تقول المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات أنه ليس ثمة ما يمنع من ترتيب الآثار المتصلة بتقيد حق الحائز في استغلال العقار وقبض ثماره ، على مجرد إعلان الإنذار وقبل تسجيله . ذلك أن هذه الآثار تتعلق بتقيد حقوق الحائز في تأجير العقار والانتفاع به أو بثمراته أو بإلحاق هذه الثمرات بالعقار . هذه القيود لا تتصل بحقوق الغير ، بل تمس سلطة خاصة بالحائز ، فلا تحتاج إذن إلى اتخاذ إجراء من إجراءات الشهر . وتضيف المذكرة التفسيرية «لولا أن المشروع إنما يعتبر العقار موضوعاً تحت يد القضاء من تاريخ تسجيل التنبيه ، بحيث لا يمكن ترتيب أى أثر من آثار الحجز على أى إجراء يسبق هذا التسجيل ، لما كان هناك مانع نظري أو عملي من ترتيب تلك الآثار في حق المدين نفسه من تاريخ إعلانه بالتنبيه» . ثم تقرر في سبيل تبرير اشتراط تسجيل إنذار الحائز أنه «لم يقصد من تسجيل هذا الإنذار توقيع الحجز على اسم الحائز ، فإن هذا الحجز يقع وينتج آثاره في حق الحائز من تاريخ تسجيل التنبيه أو من تاريخ إعلان الإنذار ، وإنما قصد من تسجيل الإنذار استيفاء إجراءات الشهر زيادة في رعاية من يتعاملون مع الحائز . أنظر أستاذنا المنفور له الدكتور محمد حامد فهمي ص ٣٥٢ فقرة ٣٦٣ - أحمد أبو الوفا ص ٦٥٧ .

لم يأخذ المشرع بهذا الحكم بالنسبة إلى التصرفات . بل رأى أن يكون تسجيل تنبيه نزع الملكية هو الحلد الزمني الذي يتوقف بعده نفاذ أى تصرف في مواجهة الدائن . وينطلق هذا الحكم دون تفرقة بين تصرف صدر من الراهن أم تصرف أجراه الحائز . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الراهن قد باع العقار بعقده تم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أصبح المشتري حائزاً . فإذا تصرف هذا الحائز في العقار إلى آخر بعد تسجيل التنبيه ، فإن هذا التصرف لا يحتاج به على الدائن . ولو لم يكن قد أعلن الحائز بعد بإصدار الدفع أو التخلية .

هذا الحكم المتقدم قد يسىء إلى مركز المشتري من الحائز ، وذلك لأن تسجيل التنبيه يجرى على إسم المدين ، وعلى هذا النحو لا يظهر أثره في دفاتر الشهر العقاري عند الكشف عن تصرفات الحائز .

على أن هذا هو الحكم الذي ارتضاه تقنين المرافعات ، وأفصح عنه صراحة في المادة ٦١٦ التي تحكم عدم نفاذ التصرفات التالية على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فعبر عنها بالتصرفات الصادرة من المدين أو الحائز (١) .

(١) جاء في المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات تعليقاً على الحكم الوارد في م ٦١٦ ما يأتي « وما يجب ملاحظته في هذا النص الجديد أن التصرفات التي لا تنفذ بسبب تأخير تسجيلها (أو قيدها) عن تسجيل التنبيه ليست هي تصرفات المدين فقط بل تصرفات حائز العقار أيضاً . وليس في هذا عنت بمن يتعامل مع الحائز ، فلا تدله دفاتر التسجيل على حصول أى تسجيل على اسم الحائز ، لأن هذا الذي يتعامل مع الحائز يقضي عليه الحذر بأن يكشف في دفاتر التسجيل عن تصرفات من سبق له التصرف إلى الحائز ومن سبق له التصرف إلى المتصرف وهكذا إلى أن يجد قيد الرهن وتسجيل التنبيه على اسم المدين . والحق أنه لا يقبل من تصرف إليه الحائز احتجاجه بجهل تسجيل التنبيه على اسم المدين أكثر مما يقبل منه احتجاجه بجهل قيد الرهن على اسم مالك سابق . ولقد قصد المشروع أن يجعل تسجيل التنبيه هو الحلد بين التصرفات التي تنفذ في حق الدائنين والتصرفات التي لا تنفذ في حقهم أيأ كان الشخص الذي يصدر منه التصرف مديناً أو حائزاً . ولقد حقق المشروع بهذا الذي أخذ به تيسيراً كبيراً على الدائنين بأن وفر عليهم تتبع تسلسل التصرفات بعد تسجيل التنبيه وما يتبع ذلك من تكرار توقيع الحجز على حائز بعد آخر ، دون أن يخل بأي حق من حقوق من يتعاملون مع المدين أو مع الحائز ويلتزمون في معاملاتهم جانب الحذر والا حثياط على الوجه المتقدم بيانه » - راجع المفطور له الدكتور محمد حامد فهبي المرجع السابق فقرة ٣٥٠ . =

يظهر لنا إذن مما تقدم أن سلطة الحائز في استغلال العقار والتصرف تنطلق آثارها على نحو مماثل ما هو مقرر بالنسبة إلى الراهن .

ولكن تتحدد هذه السلطات في نطاق زمني تنبغى التفرقة بشأنه . فبالنسبة إلى الاستغلال ، لا تلتحق الثمار بالعقار ولا تتقيد حرية الحائز في الاستغلال وقبض أجره أو تحويلها ، إلا منذ تاريخ إعلان الإنذار بالدفع أو التخلية . أما فيما يتصل بالتصرف فقد وضع المشرع حكماً عاماً يصدق على الراهن والحائز معاً ، وهو أن كل تصرف لاحق على تسجيل تنبيه نزع الملكية لا ينفذ في مواجهة الدائن .

١١١ - مباشرة التبعية في مواجهة الحائز تقضي مراعاة إجراءات

خاصة :

إذا توافرت في الشخص صفة الحائز على النحو الذي يبيناه من قبل ، ترتب على ذلك وجوب مراعاة إجراءات خاصة للتنفيذ على العقار في مواجهته . وقد وضع التقنين المدني أسسها ، وعنى تقنين المرافعات ببيان تفاصيلها وجزاء الانحراف عنها .

نصت المادة ١٠٦٠ من التقنين على أنه « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه » .

= ويبدو لنا أن المشرع في تقنين المرافعات أسرف في حرصه على مصالح الدائنين ، على حساب المتعامل مع الحائز . ذلك أن هذا الأخير قد يجهل وجود الرهن ، إذ أن الاطلاع في دفاتر الشهر بالتحقق من سند ملكية الحائز لن يدلّه على قيد الرهن ، ومن باب أولى لن يدلّه أيضاً على تسجيل تنبيه نزع الملكية الذي وجه إلى الراهن . ولعله كان من الأوفق تعليق عدم نفاذ تصرفات الحائز على تسجيل الإنذار الموجه إليه شخصياً . فعندئذ لا يستطيع من يشتري العقار في تاريخ لاحق أن يحتج بحسن نيته . بل وقد قررت المذكرة التفسيرية أن تسجيل الإنذار قصد به رعاية من يتعاملون مع الحائز راجع ما تقدم من ٣٢٣ هامش ١ .

وأضافت المادة ١٠٧٣ أنه « إذا لم يختَر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخليه العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع التنبيه في وقت واحد » .

على ضوء ما تقدم من نصوص ، عقد تقنين المرافعات فصلاً خصصه « الإنذار الحائز وتسجيل الإنذار » (المادة ٦١٦ وما بعدها) . وقد جاء في المادة ٦٢٦ ما يأتي « إذا كان المرهون في يد حائز آل إليه بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه (تنبيه نزع الملكية) وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليه العقار وإلا جرى التنفيذ في مواجهته . ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إليه وإلا كان باطلاً .

موقف المرائى : حتى يستطيع الدائن أن يتخذ موقفاً على ضوء ما تقدم من نصوص ، يجب أن يكون دينه أصبح مستحق الأداء ، لأن التنفيذ لا يجوز بمقتضى حق مؤجل . ويجب أن يكون الرهن قد أجرى قيده في موعد مناسب حتى يسرى على الحائز . فإذا تم بعد تسجيل التصرف الذي نقل ملكية العقار إلى الحائز فهو لا يحتاج به عليه .

وإذا أصبح الدائن في موقف يسمح له بالتنفيذ على العقار ، وجب عليه أن يتخذ إجراءات : —

١ — التنبيه على المدين بالدفع ويكون ذلك بالتنبيه بنزع ملكية العقار . ويلاحظ أن القانون أوجب التنبيه على المدين رغم أن إجراءات التنفيذ قد تتخذ ضد الحائز . وروى في ذلك أن المدين هو المسئول الأصلي عن الوفاء ومن الواجب إخطاره بالشروع في التنفيذ عساه يكون مزوداً بدفوع توقف السير فيه .

٢ — إلى جانب التنبيه الموجه للمدين ، استلزم المشرع بطبيعة الحال إنذار الحائز ، وهو إنذار رسمي بالدفع أو التخلية . ولا يشترط أن يكون الدائن

مزوداً بشأنه بسند تنفيذي ، كما هو الحال في التنبيه على المدين .

١ وليس لإنذار الحائز ميعاد في القانون . فيجوز اعلانه بعد اعلان التنبيه مباشرة ، أو اجراؤهما بورقة واحدة ذات صورتين تعلن إلى المدين ثم إلى الحائز . ولكن لا يجوز تقديم الإنذار على التنبيه . لأن الوضع الطبيعي يقتضي تكليف المدين بالوفاء قبل المضي في التنفيذ : لعله ينبئ بدينسه فتتوقف الاجراءات.

على أنه إذا جاز انذار الحائز في أى وقت بعد التنبيه على المدين ، فمن الأفضل للدائن أن يتمهل في انذاره حتى يتم تسجيل التنبيه الموجه للمدين . ذلك أن تاريخ هذا التسجيل له دلالة قاطعة في أن كل تصرف جديد في العقار ، لا ينفذ في حق الدائن ، وبالتالي لا يكون ملزماً باتخاذ إجراءات أخرى في مواجهة المتصرف إليه الجديد . وعلى هذا النحو إذا تعجل الدائن فبادر بإنذار الحائز المعلوم لديه قبل تسجيل التنبيه ، وجب عليه أن يعيد الكشف في دفاتر الشهر . إذ من المحتمل أن يتصرف الحائز في العقار إلى شخص آخر ، ويتم إجراءات شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه وعندئذ يجد الدائن نفسه أمام حائز آخر يلتزم بتوجيه إجراءات أخرى إليه (١) .

ولم تذكر المادة ٦٢٦ من تقنين المرافعات البيانات التي يجب ذكرها في إنذار الحائز . بل اكتفت فقط ببيان هدف الإنذار ، وهو توجيه الدعوة إلى الحائز بدفع الدين أو تخليه العقار . وأضافت أن الإنذار يجب أن يتضمن إخطار الحائز بإجراء التنبيه في مواجهة المدين ، وإلا كان الإنذار باطلا . والمراد بذلك هو إعلان الحائز بصورة مطابقة لأصل التنبيه السابق إعلانه إلى المدين ، أو في القليل بجميع البيانات التي وردت في هذا التنبيه . وبذلك يستطيع الحائز أن يتحقق من أن المدين قد أعلن فعلاً وأن يعرف كل ما يعنيه معرفته ليتيسر له اتخاذ موقف على ضوء هذه المعلومات .

(١) أستاذنا المغفور له الدكتور محمد حامد فهمي ، فقرة ٣٦٣ .

ويترتب على إعلان الإنذار للحائز جميع الآثار التي تسرى في مواجهة المدين بتسجيل تنبيه نزع الملكية (م ٦٢٧ مرافعات) .

على أنه يلاحظ في هذا الصدد ما سبق بيانه بشأن تصرف الحائز في العقار . فقد قدر المشرع أن كل تصرف في العقار يقع في تاريخ لاحق على تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يحتاج به على الدائن ، حتى ولو أجرى شهره قبل إعلان الدائن بالإنذار (١) .

وقد أوجبت المادة ٦٢٨ من تقنين المرافعات تسجيل الإنذار الموجه للحائز والتأشير بذلك على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية خلال ستين يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه . ويترتب على تخلف هذا الإجراء سقوط التنبيه وزوال آثاره ، وبالتالي يسقط أيضاً إنذار الحائز .

وليس المقصود من تسجيل الإنذار توقيع الحجز على اسم الحائز . فإن حجز العقار يتم بتسجيل التنبيه . ولكن المقصود به هو استيفاء إجراءات الشهر العقارى ، حتى يتيسر لمن يتعامل مع الحائز أن يكون على بينة من أمر الإنذار (٢) أخيراً وضعت المادة ٦٢٩ حكماً يخضع مصير الإنذار لبقاء التنبيه . ويستفاد منه أن تسجيل الإنذار يسقط تبعاً لسقوط تسجيل التنبيه (٣) ، أو شطبه بناء على حكم أو برضاء الدائن .

١١٢ - موقف الحائز - التمسك بالذرع المؤدية الى انظار هو الدائن

في مباشرة التبع :

أول محاولة يستعين بها الحائز لرد سعى الدائن ، ننصب على التمسك بكل دفع قد يودى إلى إنكار حق الدائن في مباشرة التبع . وهو في هذا الصدد قد

(١) راجع ما تقدم بيانه بشأن آثار تسجيل تنبيه نزع الملكية على حق الحائز في التصرف في العقار المرهون فقرة ١١٠ .

(٢) راجع أيضاً ص ٣٢٤ هامش ١ في التعليق على ما جاء بالمذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات .

(٣) يسقط تسجيل التنبيه إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع أو صدور أمر القضاة بمد هذا الميعاد (مادة ٦١٥ مرافعات) .

يطعن في وجود الرهن وسلامته ، وقد ينشد إلى الالتزام المضمون في ذاته .
وعلى هذا النحو تنقسم الدفع إلى طائفة تتصل بسريان الرهن في مواجتهته ،
وأخرى تتعلق بوجود الالتزام وصحته .

الدفع المنصلة بسريانه الرهن في مواجهة الحائز : إذا اتصل الطعن
بدفع يتعلق بالحائز ، أطلقت حرية في التمسك بها ، لأنها تقررت لصالحه . من
ذلك مثلا أن يتمسك بأن الراهن لم يستكمل إجراءات القيد إلا في تاريخ لاحق
على تسجيل التصرف الذي اكتسب الحائز بمقتضاه ملكية العقار ، أو أن الرهن
سقطت عنه مرتبته لعدم تجديد القيد ، أو أن هذا القيد قد زال أثره بالشطب .
مثل هذه الدفع يحق للحائز التمسك بها ، ويترتب على نجاحه في ذلك حرمان
الدائن من مباشرة التتبع (١) .

(١) يميز التقنين الفرنسي في المواد ٢١٧٠ وما بعدها ، حائز العقار المرهون أن يتمسك
بالدفع بالتجريد ، فيرد الدائن عن مباشرة التتبع بوجوب التنفيذ على أموال المدين إن أمكن .
وهو دفع قريب الشبه بما يخوله القانون للكفيل الشخصي ، ومردده أن الحائز لا تتوافر فيه صفة
المديونية ، فالأولى هو البدء بالتنفيذ على المدين . على أن ذلك التجريد خاضع في القانون الفرنسي
لقيود تضيق من نطاقه تطبيقه إلى حد بعيد . إذ لا يجوز التمسك به إلا إذا كان لدى المدين
عقارات أخرى رهنه ضامنا للوفاء بنفس الدين ، وبالتالي فهو لا ينصرف إلى الأموال المملوكة
للمدين والتي يخضع الدائن بشأنها لقاعدة المساواة بين الدائنين . كما لا يجوز أيضا للحائز أن يتمسك
بالتجريد في مواجهة الدائن المزود برهن خاص على العقار ، وبصفة خاصة في الرهن الاتفاقى
التي يقابل نظام الرهن الرسمى في مصر . وإنما يتحدد نطاق تطبيق الدفع بالتجريد ، بالنسبة إلى
ما يسمى في فرنسا بالرهن القانونى أو القضائى العام ، وذلك بشرط ألا يكون قد تم الاتفاق مع
المدين على تخصيص هذا الرهن على عقارات معينة . حينئذ يصبح الرهن القانونى أو القضائى من
قبيل الرهون الخاصة ، وبالتالي لا يحق للحائز بشأنه أن يتمسك بالتجريد .

غنى عن البيان أن هذا الحكم ليس له صدى في التشريع المصرى . فالمشرع لدينا لا يعرف
الرهون العامة ، وهو بشأن نظام الرهن الرسمى ، وكل تأمين عقارى خاص ، لا يجوز للحائز أن
يتمسك بوجوب البدء بالتنفيذ على أموال المدين . على أنه يلاحظ في هذا الصدد أن القضاء المختلط
قد استند إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، لرد الدائن عن التنفيذ على جزء من العقار انتقلت
ملكيتها إلى الحائز ، مادام الجزء الباقي لدى الراهن يكفل له استيفاء حقه (استئناف مختلط ٢٦
مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة ٤٨ ص ٢٨٢) - حكم أشار إليه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص
٤١٩ هامش ١ .

الدفع المتصلة بوجود الالتزام وسلامته : إذا اتصل الطعن بدفع تتعلق بالمدين فالأمر يحتاج إلى تفصيل . وقد جاء حكمها في المادة ١٠٧٣ من التقنين التي تنص على ما يأتي « يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته ولم يكن طرفاً في الدعوى التي حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها ، إذا كان الحكم بالدين لاحقاً لتسجيل سند الحائز . ويجوز للحائز في جميع الأحوال أن يتمسك بالدفع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها » .

يستفاد من نص هذه المادة وجوب التفرقة بين مرحلتين : الحد الفاصل بينهما هو تسجيل سند ملكية الحائز .

١ - ثبوت الدين بحكم يصدر على المدين قبل تسجيل سند الحائز : في هذه الحالة يكون لذلك الحكم حجية الأمر المقضى به ، في مواجهة حائز العقار . فلا يحق له التمسك بأي دفع يمتنع على المدين الاحتجاج به بعد صدور الحكم . ذلك أن حائز العقار هنا هو خلف خاص للمدين ، وبالتالي تسرى عليه كافة الأحكام التي فصلت في التزامات تتعلق بالعقار المرهون .

على أنه يجوز للحائز أن يتمسك بالدفع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالمدين حق التمسك بها . والمقصود بذلك كافة الدفع التي لا تمس حجية الأمر المقضى به بالنسبة إلى الحكم الصادر في الدين ، وكذلك أيضاً الدفع التي تستجد أسبابها بعد صدور الحكم ، ومثال ذلك انقضاء الدين بالتقادم أو المقاصة أو غيره من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام .

٢ - ثبوت الدين بحكم صدر على المدين بعد تسجيل سند الحائز : في هذه الحالة لا يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة على الحائز مالم يشرك فيها . وعلى هذا النحو فحتى يمتنع على الحائز أن يتمسك بأوجه الدفع المتصلة بالدين لابد من اختصاصه مع المدين . وقد قدر المشرع أن انتقال ملكية العقار إلى الحائز يجعله صاحب مصلحة مباشرة في تعقب ما يثور حول الدين من منازعات

لأن كل حكم يتصل بسلامته أو مصيره . ينعكس أثره على الرهن .

فإذا لم يختصم الحائر في الدعوى . جاز له أن يتمسك بكافة الدفوع التي كان في وسع المدين أن يحتج بها . ولا يكون للحكم الصادر في مواجهته حجية تمنعه من التمسك بهذه الدفوع . أما إذا أشرك في الدعوى أصبح بطبيعة الحال طرفاً فيها ، وعلى هذا النحو تصدق عليه قاعدة حجية الشيء المقضى به . وبالتالي يمتنع عليه محاولة الاحتجاج بأي دفع كان يجوز التمسك به قبل صدور الحكم (١) .

هذه هي خلاصة المحاولة الأولى التي قد يقوم بها الحائر ، ليرد سعى الدائن نحوه . وهي تتناول التمسك بكافة الدفوع التي تنفضى إلى حرمان الدائن من مباشرة التتبع .

فإن اخفقت هذه المحاولة ، أو لم تتوافر لدى الحائز دفعوع يجوز له التمسك بها ، فهنا يكشف لنا المشرع عن كافة الوسائل القانونية التي يحق للحائز أن يختار من بينها لاتخاذ موقف في مواجهة الدائن .

١١٣ - الوسائل القانونية التي هيأها المشرع للمعاقبة إذا باشر المرائي

ملحوظة التجميع :

إذا أخفق الحائز في محاولته الأولى . وهي حرمان الدائن من مباشرة التتبع ،
فهنا يكشف لنا المشرع عن الموقف الذي يجوز للحائز أن يتخذه . وهو موقف
متعدد في وسائل التعبير عنه .

فتارة يكون الحائز حريصاً على الاحتفاظ بملكية العقار ، وهنا ينصرف جهده إلى تحرير العقار من الرهن المقرر عليه . ويتوافر له ذلك إما بقضاء

سیر الخلدان المتعارف فی مہینہ لکھنؤ ہولتہا نالشیہ لکھنویہ (۱)

... بعد ما رأه فليفتلها وما يبارحنا نأخذ الرتبة الثالثة ، و من غير حكمة عند ليحيى ، و بعد قينا هذا قال
«(يتركب المظهر في جملة الأشياء المقصود بها السهو في الوسط)» و لا حرج بما بعدها و بصفة خاصة
فقرة ٢٦٦ و ما بعدها و فقرة ٣٧٦ و ما بعدها .
يهملتها تمام ، في راسدها و جان

الديون المستحقة للدائنين المزودين بتأمينات خاصة على هذا العقار ، وإما باتخاذ إجراءات التطهير على النحو الذي سنفصله فيما بعد . ويلاحظ بشأن التطهير ملاحظة هامة وهي أن الحائز يستطيع الاستعانة بهذه الوسيلة القانونية ، قبل أن يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على العقار بالتنبيه على المدين وإنذار الحائز .

وتارة أخرى قد يكون زاهداً في الإبقاء على ملكية العقار ، وعندئذ يستمر الدائن المرتهن في مباشرة إجراءات التنفيذ . على أن الحائز قد يحرص على عدم ظهور اسمه فيها ، ولذا أجاز له القانون أن يلجأ إلى وسيلة تخلية العقار ، وبمقتضاها تباشر إجراءات التنفيذ في مواجهة شخص آخر كحارس أو أمين . على أنه يلاحظ ، أن الحائز سواء تخلى عن العقار ، أو تحمل إجراءات نزاع الملكية ، قد يستعين مرة أخرى بحكم قرره القانون يؤدي في نهاية الأمر إلى احتفاظه بملكية العقار . ذلك أن المشرع أجاز له أن يشترك في المزاو بشرط ألا يعرض ثمناً أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه .

هذه الوسائل القانونية المختلفة جاء حكمها في نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٠ التي تقرر «يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يظهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه» .

وعلى هذا النحو المتقدم يتحدد موقف الحائز . فهو إما أن يقضى الديون أو يظهر العقار (١) . وهو في هذا السبيل يتوقى بيعه ويهدف إلى تحريره من الحقوق المقرره عليه . وإلا ترك الدائن ينفذ على العقار ، والتنفيذ قد يتحمل بشأنه إجراءات نزاع الملكية ، وقد يتركها في مواجهة شخص آخر وهذه هي تخلية العقار .

(١) ويلاحظ بشأن التطهير كما سبق في دراسته أن الحائز يستطيع الاستعانة بهذه الوسيلة القانونية بمجرد تسجيل سند ملكيته ، وذلك قبل اتخاذ أى إجراء للتنفيذ على العقار . وتظهر فائدة التطهير في هذا الصدد ، كأداة قانونية تهىء للحائز تحرير العقار من الرهن بمجرد اكتساب ملكيته . راجع ماسيلي في دراسة التطهير .

نستعرض الآن هذه الفروض المتعددة وهي : ١ - قضاء الديون ٢ - تطهير العقار ٣ - تخلية العقار ٤ - تحمل إجراءات نزاع الملكية. وهو بحث يتصل بدراسة أحكام القانون المدني . وبذلك يتجرد من النواحي المتصلة بالإجراءات ، إلا بالقدر اللازم لفهم الأحكام الموضوعية .

١١٤ - قضاء الديون :

نصت المادة ١٠٦١ من التقنين المدني على ما يأتي «يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره . ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزداد . ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين» .

تضع هذه المادة حكم الوسيلة القانونية الأولى ، التي هيأها المشرع لحائز العقار المرهون ، ليرد الدائن عن مباشرة حق التبع . وخلاصة هذا الحكم أن الدائن تنتفي مصاحته في تعقب العقار إذا ما استوفى دينه ، عندئذ يفقد الرهن الحكمة من تقريره ، ويتعين زواله .

وأول ملاحظة ينبغي تقريرها في هذا الصدد ، هي أن الحائز إذا تلقى ملكية العقار بعوض ، وذلك بمقتضى عقد بيع مثلاً ، فإن أول احتياط يجب عليه اتخاذه ، هو عدم أداء الثمن المستحق . حتى يتخذ موقفاً من الدائنين المرتهنين.

لا تثور صعوبة إذا كان الثمن المستحق عن بيع العقار كافياً لسداد جميع الديون التي يضمنها . إذ أن المشرع ألزم الحائز ، كما سنبين فيما يلي ، أن يؤدى للدائنين حقوقهم . وهو بذلك الأداء يحرر العقار من التأمينات التي تثقله . وفي نفس الوقت يرى ديمته في مواجهة المدين البائع .

ولكن قد يساوره التردد إذا كان هذا الثمن غير كاف لسداد جميع الديون ،

أو كان الحائز تلقى ملكية العقار بلا عوض ، وكذلك الحال إذا كان قد دفع الثمن المستحق في ذمته .

في هذه الصور المتقدمة يجوز للحائز أيضاً أن يقدم على سداد الديون المستحقة . وهو باتخاذ هذا الموقف لا يتعرض للمخاطر . لأن المشرع هياً له سبيل الرجوع على المدين ، على نحو يؤمن له إمكانية استيفاء ما اضطر لسداده إلى الدائنين . والغالب من الأمر أن الحائز إذ يقوم بقضاء حقوق الدائنين ، يدفعه إلى ذلك حرصه على الاحتفاظ بملكية العقار ، وخشيته من ضياعها ، إذا ما طرح للبيع بالمزاد فأفلتت فرصته من رسوه عليه .

ويبقى هذا الطريق مفتوحاً أمام الحائز ، له أن يسلكه منذ حلول استحقاق الوفاء بالديون ، حتى تاريخ رسو المزاد . ويبدو في هذا الحكم حرص المشرع على تيسير الأمر على الحائز ، فقد منحه فرصة طويلة الأجل في أن يتدبر الأمر ليقدر إذا ما كان من صالحه إيقاف الإجراءات ، بقضاء الديون المستحقة .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى ، أن مصلحة الحائز تتمثل في حسم الأمر على وجه الاستعجال ، لأن تأخيرها في سداد الديون ، يقضي إلى تراكم مبالغ أخرى يلتزم بأدائها . ويظهر ذلك من حكم المادة ١٠٦١ التي تقضي بأن الحائز إن تخير سداد الديون فعليه أن يقضي الدين وملحقاته ، بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره .

التقرير الفعلي : قد يقدر الحائز أن سداد بعض الديون دون الأخرى يكفي لتأمين مركزه ، والاحتفاظ بملكية العقار . وهو في هذا الشأن يتخير الدائنين الذين يحتلون مراتب متقدمة ، فيؤدى إليهم حقوقهم إذا اطمئن إلى أن مجموع هذه الحقوق تستغرق قيمة العقار .

وهو في هذا التقدير المتقدم يطمئن إلى أن المشرع أجاز له بقوة القانون الحلول محل الدائنين الذين يدفع لهم ديونهم . وبذلك يقطع السبيل على كل

دائن متأخر تحدّثه نفسه بالتنفيذ على العقار . ما دام الثمن الناتج عن البيع الجبرى لن يكون مجدياً له . وإنما سيتأثر به الحائز باعتبار أنه احتل مركز الدائنين أصحاب المراتب الأولى .

وقد وضع المشرع حكماً يضمن هذا الحلّ القانونى فقرر فى المادة ١٠٦٢ أنه «يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن . وأن يجده عند الاقتضاء . وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز» .

ويسمى تخير الحائز لوسيلة قضاء بعض الديون المستغرقة لقيمة العقار بالتطهير الفعلى أو الواقعى . على أن الاستعانة بهذه الوسيلة لا تؤمن مركز الحائز بصفة نهائية . فالدائن المتأخر . قد لا يقنع بهذه العقبة الواقعية ، فيبادر بالتنفيذ على العقار مستنداً إلى أن حقه فى ذلك لا يزال قائماً من ناحية قانونية . ولعل الدافع إلى مثل هذه المحاولة . هو اعتقاد الدائن بأن قيمة العقار تجاوز قدر الديون التى دفعها الحائز ، فيحفزه هذا الأمل إلى الشروع فى التنفيذ على العقار ، عسى أن يتبقى من ثمن البيع ما يكفى لسداد دينه .

أحوال يلتزم فيها الحائز بقضاء الديون : تكفلت المادة ١٠٦٣ من التقنين المدنى ببيان هذه الأحوال فنصت على ١ ، بأق : « ١ - إذا كان فى ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا ، يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل .

٢ - فإذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز بدفع ما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقاً للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفى الأجل المتفق على الدفع فيه . .

٣ - وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار . ولكن إذا هو وفي لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ويكون للحائز الحق في طلب نحو ما على العقار من قيود» .

يستفاد من نص المادة المتقدمة أن الحائز يلتزم بوفاء ما هو مستحق في ذمته في حالتين :-

أولاً - إذا كان العوض المستحق في ذمة الحائز بسبب تملكه العقار مبلغ من النقود حل أداؤه . وكان كافياً لإرضاء جميع الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار . عندئذ يصبح أداء هذا المبلغ إجبارياً ، فيلتزم به الحائز ، ويحق لكل دائن أن يقهره على أدائه . وظاهر من هذه الصورة أن امتناع الحائز عن الدفع ليس له ما يبرره . بل على النقيض من ذلك تبدو مصلحته في التخلص من هذه الديون حتى تخلص له ملكية العقار مطهرة . وهو على هذا النحو يرى أيضاً ذمته في مواجهة المدين .

على أنه ينبغي الإشارة هنا أن الدائن لا يحق له الإنفراد بإلزام الحائز بسداد دينه ، إلا إذا كان المبلغ المتبقي في ذمة الحائز قد حل أجل الوفاء به . أما إذا كان هذا المبلغ غير مستحق الأداء ، فهنا يشترط لإجباره على الوفاء للدائنين ، أن ينعقد رأيهم جميعاً على ذلك . وهو لا يوفي إلا عند حلول الأجل المقرر أصلاً للدفع وهذا هو ما سنبينه في الحالة الثانية .

ثانياً - إجماع الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على إلزام الحائز بأداء الدين المستحق في ذمته ، إذا كان مؤجلاً ، أو غير كاف للوفاء بحقوقهم ، أو مغايراً لها .

تتميز هذه الحالة بأن إجبار الحائز على دفع ما في ذمته لا يتوافر إلا باتفاق جميع الدائنين . وهم في هذا الشأن قد يتشاورون فيما بينهم ، فيقدر كل منهم مصلحته على ضوء تقدير قيمة العقار ، ونسبتها إلى ما هو مستحق في ذمة الحائز .

فإذا انتهى الأمر إلى انعقاد رأيهم على الاكتفاء به . جاز لهم إلزام الحائز بدفع هذا المبلغ .

ولكن يلاحظ أن اجتماع إرادة الدائنين على هذا الإيجاب . لا يجرّد الحائز من كافة الأوصاف التي اقترن بها التزامه . بل هو يؤدي ما عليه طبقاً للشروط التي التزم بها في أصل تعهده . وفي الأجل المتفق على الدفع فيه . فإذا كان ملتزماً بسداد الثمن على أقساط ، أو تعهد بدفعه في تاريخ مستقبل . امتنع على الدائنين إلزامه بالدفع مرة واحدة أو بأن يجعل لهم هذا الأداء . وهنا يظهر وجه القصور في الحكم الذي أتى به القانون . إذ يندر أن يقنع الدائنون بالإلتجاء إليه ، بل تبدو مصالحهم واضحة في الشروع في التنفيذ على العقار ، واستيفاء حقوقهم من ثمنه .

وأياً ما كان الأمر في تقدير هذه الأحوال . فالتائج التي تفضي إليها تتلخص فيما يأتي :-

١ - إذا توافرت شروط تطبيق أية حالة منها ، التزم الحائز بأداء المبلغ المتبقي في ذمته . ويمتنع عليه عندئذ أن يتخلى عن العقار توطئة للتنفيذ عليه في مواجهة شخص آخر . وفي هذا رعاية لمصلحة الدائنين ، فهم إذ يقنعون بهذا المبلغ ، يزول المبرر للمضي في إجراءات التنفيذ بما تنطوي عليه من جهد ونفقة .

٢ - إذا وفي الحائز بما هو مستحق في ذمته يتحرر العقار من كافة الحقوق العينية التبعية المقررة عليه ، فتخاص ماكيته إلى الحائز مظهره منها . ويحق له عندئذ أن يطالب بشطب كافة القيود المتصلة بهذه الحقوق . وتنبغي الإشارة هنا أن هذا التطهير لا يقع إلا بوفاء الثمن للدائنين فعلاً ، فلا يكفي مجرد التعهد به . وقد يكون من صالح الحائز حسماً لأي نزاع احتمالي يثيره أحد الدائنين ، أن يودع المبلغ في خزانة المحكمة ، حيث يتم توزيعه وفقاً لراتب الدائنين .

يتضح من كل ما تقدم أن وسيلة قضاء الديون غير مأمونة العواقب . فهي

في صورتها الاختيارية لا تؤمن مركز الحائز ، إن اكتفى فقط بسداد حقوق أصحاب المراتب المتقدمة . وهي في صورتها الاجبارية ، قلما تلتق في العمل تطبيقاً . ذلك أنه يندر في الحالة الثانية للوفاء الإيجاري أن ينعقد إجماع الدائنين على الاكتفاء بما تبقى في ذمة الحائز . بل يبقى أمل كل دائن قائماً في أن يبيع العقار بالزاد قد يفضي إلى الحصول على ثمرة أكثر نفعاً له .

رجوع الحائز بما دفعه على المدين أو المالك السابق للعقار : نصت المادة ١٠٦١ أن للحائز في حالة وفائه للمدين المضمون بالرهن أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص غير المدين .

يستفاد من حكم هذه المسادة أن حائز العقار المرهون الذي يدفع الدين المضمون بالرهن ، يستطيع الرجوع على المدين تارة ، وعلى المالك السابق للعقار تارة أخرى ، وذلك في الحالة التي يكون فيها المدين قد تصرف في العقار قبل ذلك . وهو في هذا الصدد يستعين بأدوات قانونية مختلفة على النحو الذي نبينه فيما يلي :

١ - الرجوع الشخصية : يستطيع الحائز أولاً الرجوع على المدين بدعوى شخصية مؤسسة على الإثراء بلا سبب . والإثراء يتمثل في أن المدين قد برئت ذمته دون أن يدفع شيئاً . والافتقار يظهر في أن الدائن قد أدى مبلغاً غير مستحق عليه .

ولكن يلاحظ هنا أن رجوع الحائز يجب أن ينحصر منه ما استحق في ذمته للمدين مقابل تملك العقار . فإذا اشترى العقار مثلاً بمبلغ ألف ، ودفع للدائنين ديوناً تقدر بألفين ، فهو لا يفتقر إلا في حدود ألف فقط ، وهذا هو القدر الذي يعود به على المدين .

٢- **دعوى الحلول** : قد لا يقنع الحائز بهذه الدعوى الشخصية ، فيستعين بأداة قانونية أخرى تتمثل في دعوى الحلول . وهو حلول قانوني يريد إلى القواعد المقررة في نظرية الالتزامات . ولكنه يلقي تطبيقاً خاصاً بالنسبة إلى حائز العقار المرهون .

وضعت المادة ١٠٦١ مبدأ هذا الحل فأجازت للحائز أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص غير المدين (١) .

الأصل في الحلول القانوني أنه ينقل إلى الموفى حق الدائن بما يكفله من تأمينات (المادة ٣٢٩ من التقنين المدني) . فإذا كان هذا الحق مضموناً بتأمين شخصي مثل الكفالة ، أو بتأمين عيني كالرهن أو الاختصاص ، استفاد الموفى بكل منها في رجوعه إلى المدين .

على أن هذا الأصل لا يلقي تطبيقاً مطلقاً في رجوع حائز العقار المرهون على

(١) جاءت صياغة هذه المادة أوسع في دلالتها من الحلول المقررة لحائز العقار المرهون في المادة ٣٢٦ من التقنين المدني ، التي تبين صور الحلول القانوني بصفة عامة . فقد نصت الفقرة الثالثة منها على أن من بين هذه الصور حالة ما إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم . ويظهر من حكم هذه الفقرة أنها تعالج صورة الحائز الذي يتلقى ملكية العقار عن طريق الشراء ، ولم يكن دفع الثمن بعد ، ثم يقوم بسداد حقوق الدائنين . حينئذ يحل الحائز محلهم في حدود مادفعه زيادة عن المستحق في ذمته من ثمن . أما صياغة المادة ١٠٦١ فهي عامة تتسع لصور متعددة في التطبيق . فهي تصدق على كل حائز حتى ولو كان تلقى ملكية العقار بلا عوض ، وهي تنطبق أيضاً على الحالة التي يكون فيها الحائز قد دفع الثمن ومع ذلك أثر سداد حقوق الدائنين . والنائب من الأمر أن المادة ٣/٣٢٦ وردت في هذه الصياغة الضيقة لتعالج الفرض المبألف في العمل . ولكن يلاحظ من قاحية أخرى أن الفقرة الأولى من هذه المادة تصدق على كافة الأحوال التي يكون الحائز مجبراً بنص القانون على قضاء الديون ، لأنها تقرر الحلول القانوني إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين وأياً ما كان الأمر فقد جاء حكم المادة ١٠٦١ عاماً يتسع لكل الأحوال التي يدفع فيها الحائز حقوق الدائنين ، وسواء قد تاق ملكية العقار بعوض أو غير عوض ، أو كان وفاؤه للديون اختيارياً أم اجبارياً .

المدين . وإنما يخضع لأحكام خاصة على النحو الذى سنبينه فيما يلى .

أولاً - لا تنقل الى الحائز التأمينات المقدمه من شخص غير المدين : إذا كان حق الدائن مضموناً بكفالة شخصية . أو برهن مقدم من الغير ، لا يحق للحائز أن يرجع بما وفاه على الكفيل الشخصى أو الكفيل العيى . هذا هو الحكم الذى استحدثه التقنين المدنى الجديد مستجيباً فى ذلك إلى الفقه الرجوع فى مصر وفرنسا (١) .

والعلة فى تقرير هذا الحكم كما يقرر الشراح ، هى أنه لا تنبغى الإساءة إلى مركز الكفيل لجرد أن المدين قد تصرف فى العقار المرهون إلى شخص آخر . ذلك أنه لو لم يقع هذا التصرف . لتيسر للدائن التنفيذ على العقار تحت يد المدين ، وحينئذ ينقضى التزام الكفيل ، ويؤول الرهن عن العقار المقدم من غير المدين .

هذا ، ومن ناحية أخرى ، قدر المشرع أن الحائز فى وسعه الاستعانة بأداة قانونية أخرى ، تغنيه عن سداد الدين والحلول مكان الدائن فى استيفائها ، ونعنى بها تطهير العقار على النحو الذى سنبينه . انصراف الحائز عن الالتجاء إلى التطهير لا ينبغى أن يفضى إلى الإضرار بالكفيل فى حالة حلوله محل الدائن

ثانياً - تعدد الحائزين لعقارات مرهونة لضمانه الوفاء بنفس الدين : عالج المشرع أيضاً هذه الصورة فأخضع الحلول بشأنها لحكم خاص جاء فى المادة

(١) راجع بلانيول وريبير ويكيه - ١٣ فقرة ١١٨٣ - كولان ، وكايتان - ٢ فقرة ١٤١٠ - وريبير وبولانجيه - ٢ فقرة ١٩٦٢ ، ٣٩١٨ - جوسران - ٢ فقرة ١٩٤٩ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٧٦ .

انظر ايضا استئناف مختلط فى ١٦ ابريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٨ ، حكم أشار اليه الاستاذ السهمورى فى الوسيط - ٣ ص ٦٩٦ هامش ١ . وقد جاء فيه أنه إذا وفى الحائز للعقار المرهون بأكثر من الثمن الذى اشترى به العقار ، اعتبر فيما زاد على الثمن بمثابة كفيل عيى ، وانقسم الدين عليه وعلى الكفلاء ، فيرجع على كل كفيل بقدر حصته فيما زاد على الثمن .

٣٣١ التي تنص على ما يأتي «إذا وفي حائز العقار المرهون كل الدين . وحل محل الدائنين فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار» (١) .

يفترض تطبيق هذه المادة أن يكون الدين مضموناً بعدة عقارات مرهونة . وأن يتصرف المدين في هذه العقارات فيتعدد الحائزون . كيف السبيل إذن إلى رجوع أحد منهم على الآخرين إذا ما قام بسداد حق الدائن . هنا أيضاً نكون بصدد حلول قاصر ، ذلك أن المشرع قدر توزيع المسؤولية فيما بين الحائزين ، كل بقدر قيمة ما حاز من عقار (٢) .

٣- دعوى الضمان : وهذه يستخدمها الحائز في مواجهة المالك السابق للعقار ، سواء كان المدين أم أى شخص آخر . وأحكام الضمان تختلف بحسب ما إذا كان الحائز تلقى ملكية العقار معاوضة أو على سبيل التبرع .

فإذا كان سند الحائز هو عقد البيع . فهنا تقتضى المادة ٤٤٢ من التقنين المدني بأنه إذا تولى المشتري (وهو هنا الحائز) استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر . كان للبائع أن يتخلص من نتائج

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية - ٣ ص ١٩٠ وما بعدها . وراجع أيضاً استئناف مصر في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٨٠ . وفيه تقرر المحكمة أن هذا الحل هو الذى تمليه العدالة حفظاً للتوازن في الحقوق والواجبات بين جميع الحائزين ، لأن القانون يحول كلا منهم حق الحل محل الدائن الأصل في حقوقه متى وفى الدين ، وله بهذه المثابة أن يرجع على سواء من الحائزين ومنهم من دفع أولاً . فخير وسيلة لحفظ الموازنة بين الجميع هى أن يحمل جميع بعضهم على بعض متناسباً مع قيمة ما يحوزون .

(٢) فإذا كان الدين مثلاً مبلغ ٣٠٠٠ جنيه ، وكان مضموناً برهون ثلاثة ، أحدها على عقار قيمته ٣٠٠٠ جنيه ، والثاني على عقار قيمته ٢٠٠٠ ، والثالث على عقار قيمته ١٠٠٠ . ثم قسام حائز العقار الأول بسداد الدين ، اقتصر حقه في الرجوع على الحائز الثاني بمبلغ ١٠٠٠ ، وعلى الحائز الثالث بمبلغ ٥٠٠ ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقتضى باقتصار الحل على نسبة قيمة العقار إلى مبلغ الدين .

الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية
وتجميع المصروفات .

في حالة عدم تنفيذ

فإذا كان سند الحائر مجرد هبة ، فالأصل فيها أن الواهب لا يضمن استحقاق
الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . وهنا يقدر القضاة
للموهوب له تعويضاً عادلاً . وإذا كانت الهبة بعوض ، فهنا لا يضمن الواهب
الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . ويجوز بطبيعة الحال أن
يرد اتفاق يعدل من هذه الأحكام (م ٤٩٤ من التقنين المدني) .

ويراعى في هذا الشأن أن استخدام دعوى الضمان لا يجوز إلا إذا كان الحائر
قد أجبر على سداد الديون ، أو أنذره الدائن بالدفع أو التخليه ، أى منذ اللحظة
التي اتخذ فيها الدائن الإجراء المعبر عن الشروع في التنفيذ ، أو تلك التي
يخطر فيها الحائر التوفيق لهذا الإجراء بسداد الديون المستحقة (١) .

ويسقط حق الحائر في الرجوع بدعوى الضمان إذا كان في وسعه أن يتوقى
إجراءات التنفيذ على العقار ، بالتسليم بالدفع يتصل ببطلان الرهن أو سقوط
القيود لعدم تجدده .

هذا هو قضاء الديون بما يتضمن من صور ، وما يفضى إليه من آثار ، وما
يترتب عليه من مسؤولية ، مما لا ينافي مع قانونية تعهد الحائر بتسليم العقار للمدين أو المالك
السابق للعقار .

على أن المشرع لم يقنع بهذا بل ذهب أيضاً إلى إخراج إدارة قانونية أخرى يستطيع
المبادرة باستخدامها منذ أن يتلقى ملكية العقار ويستخدمه ، وهو يعنى بذلك
تطهير العقار .

(١) انظر بيير رينو انكلويدي دالوز ٢ ص ٩٣٢ بند ٤٤٨ .

١١٥ - تطهير العقار :

نصت المادة ١٠٦٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند .

٢ - وللحائز أن يستعمل هذا الحق قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز . ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع » .

معنى التطهير : يظهر من نص هذه المادة أن التطهير وسيلة قانونية يستطيع الحائز بمقتضاها أن يسبق الأحداث - فيتخذ موقفاً من شأنه - إما تحرير العقار مما يثقله من رهون - أو اجبار الدائنين على التعجيل بطرحه للبيع بالمزاد ؛ وذلك يؤدي أيضاً إلى تخليص العقار من الرهون المقررة عليه . وبعبارة أخرى فهو وسيلة قانونية تهيء للحائز أن يحسم الأمر ، بوضع الدائنين في مركز يلزمهم إما بقبول العرض المقدم من الحائز ، وهو مبلغ تقديري يعبر عن قيمة العقار ، أو رفض ذلك العرض ومباشرة سلطة التتبع وفقاً لما رسمه قانون المرافعات من إجراءات .

فإذا قنع الدائنون بالمبلغ التقديري الذي يعرضه الحائز ، واقرن عرضه بإيداع هذا المبلغ خزانة المحكمة أو توزيعه على الدائنين حسب مراتب حقوقهم ، استقرت له ملكية العقار خالصة من كل حق مقيد . والغالب من الأمر أن يلقي هذا العرض قبولا من جانب الدائنين الذين تسمح مراتبهم باستيفاء ديونهم من المبلغ المعروض . بل وقد يقبله أيضا الدائنون المتأخرون إذا فقدوا الأمل في أن طرح العقار للبيع بالمزاد سيفضي إلى الحصول على ثمن يتجاوز القيمة التقديرية التي يعرضها الحائز . وبما يجعل هذه الطائفة من الدائنين تلتزم الحيلة في هذا الشأن ، أن المشرع قد ألقى على الدائن الذي يرفض العرض عبء مصروفات البيع بالمزاد ، إذا لم يتجاوز ثمن البيع المبلغ الذي عرضه الحائز .

وأياً ما كان الأمر . فليس ثمة التزام على أى دائن بقبول عرض الحائز . بل لكل منهم حرية الرفض خلال فترة معينة حددها القانون . ويكفى التعبير عن هذه الرغبة لإهدار آثار التطهير الاختيارى ، ووجوب طرح العقار للبيع بالمزاد . حيثند تسير الإجراءات كما رسمها تقنين المرافعات فى التنفيذ على العقار ، وتفضى فى نهاية الأمر إلى تحرير العقار من كل رهن يثقله على النحو الذى سنبينه فيما بعد .

يظهر إذن مما تقدم أن هذه الوسيلة القانونية تؤدى حتماً إلى تخلص العقار من الرهون التى تثقله ، وذلك بطريقة ودية فى حالة قبول الدائنين لعرض الحائز ، أو بحكم القانون فى حالة رفض العرض وطرح العقار للبيع بالمزاد .

تقدير التطهير : أول ما يمكن استخلاصه من التطهير كوسيلة قانونية أجاز للحائز استخدامها هو أنه قد يسىء إلى مركز الدائنين المرتهنين . فهو يجبر كل منهم على التعجيل بمباشرة سلطة التتبع ، وذلك بوضعه فى مأزق لا قبل له بالفرار منه . وهو إن قبل العرض ، يضطر إلى استيفاء دينه فى تاريخ قد يكون سابقاً لموعد استحقاقه (م ١٠٦٦ مدنى) . وذلك أمر لم يكن فى تقديره يوم أن منح إثمائه للمدين .

ولكن المشرع المصرى قد انتصر لفكرة التطهير ، فأنحاز بذلك إلى حظيرة بعض التقنيات الأجنبية (٢) . وهو فى هذا الشأن استهدف بصفة خاصة حماية الثروة العقارية . فأراد أن يكفل لكل مالك ملكية نظيفة مطهرة ، على نحو ييسر له التصرف فى العقار ، فيسهل بذلك تداول هذا النوع من الأموال . ولعل هذا الاعتبار جدير بكل تقدير فى مصر حيث لازالت العقارات تمثل عنصراً جوهرياً فى الثروة القومية .

وليس فى إقرار التطهير على النحو المتقدم إهدار لحقوق الدائنين ؛ ذلك أن

(١) بيدان وفواران ج ١٤ فقرة ١٠٧٥ وما بعدها .

القانون ترك الفرصة لكل منهم للتعبير عن عدم رضائه بالقيمة المعروضة .
وحينئذ تتخذ الإجراءات الكفيلة ببعث الطمأنينة في نفوسهم وذلك ببيع العقار
بالطريقة التي رسمها قانون المرافعات .

على أن ثمة اعتراض واحد قد يمس مركز الدائنين . وهو أن الحائز قد
يتخير للتطهير فترة ركود اقتصادي . حينئذ يضطر الدائن إلى مباشرة التتبع
على نحو قد يفضي إلى بيع العقار بثمن بخس . ولكن هذه الحشية لم تكن وحدها
كافية لإنكار المشرع للتطهير كوسيلة قانونية ، لاسيما وأن الأزمات الاقتصادية
إذا ما أصابت الدولة تنعكس آثارها على كافة فروع نشاط المجتمع ، فيكون
الضرر عاما لا سبيل إلى دفعه .

لا يجوز التطهير من غير مائر العقار المرهون: وفي هذا الشأن يستفاد صراحة
من نص المادة ١٠٦٤ أن التطهير وسيلة قانونية ينفرد الحائز وحده بحق استخدامها.
وقد بينا في دراسة سابقة الدلالة الاصطلاحية لتعبير الحائز . وهو كل شخص
انتقلت إليه ملكية العقار ، أو أي حق عيني آخر يقبل البيع بصفة مستقلة .
ويصدق هذا الوصف حتى ولو اكتسب الشخص ملكية العقار بسبب التقادم (١)
على أنه يشترط في هذا الشخص . وكما سبق البيان ألا تتوافر فيه صفة

(١) قد يستفاد من ظاهر نص المادة ١٠٦٤ أن التطهير قاصر فقط على الحائز الذي سجل
سند ملكيته . ولكن الواقع أن هذه المادة تعرض للصورة الغالبة التي يكتسب الحائز بمقتضاها
ملكية العقار . أما تعريف الحائز بصفة عامة فالمرجع الأصلي بشأنه الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٠ ،
وهي في دلالتها صريحة في إطلاق صفة الحائز على كل من اكتسب ملكية العقار بأي سبب من الأسباب .
وعلى هذا النحو يتسع تطبيقها لصورة من يكتسب ملكية العقار بالتقادم . راجع ما تقدم
فقرة ١٠٨ .

ويلاحظ بصفة خاصة أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى قاطعة في تأييد هذا الرأي .
فقد جاء فيها تعليقا على المواد المقابلة لتلك التي جاءت في التقنين أنه « إذا كان سند الملكية غير
قابل للتسجيل بأن كان عملا ماديا لا عملا قانونيا ، فلا سبيل للتسجيل في هذه الحالة ، فالحائز الذي
ملك بالتقادم عقارا مرهونا ولم يسقط الرهن (وفي هذا الشأن يشير المشروع إلى م ١٥١٠ وقد
حذفت من المشروع النهائي) يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئا ، لأن التقادم =

صفة المديونية (١) . إذ أن كل مدين يمتنع عليه الالتجاء إلى تطهير العقار ، لأن الدائن من حقه أن يتخذ على العقار المملوك لمدينه . وعلى هذا النحو لا يعتبر حائزاً كل من المدين المتضامن والكفيل الشخصي إذا ما اكتسب أحد منهم ملكية العقار المرهون . وينحصر للحكم المتقدم أيضاً مشتري العقار الذي يتعهد شخصياً بسداد حقوق الدائنين ، إذ يصبح في هذه الحالة مديناً لهم ، يسأل عن تعهده في جميع أمواله (٢) .

بل ولا يجوز أيضاً للكفيل العيني أن يلجأ إلى تطهير العقار الذي قدمه ضماناً للوفاء بمدين الغير . فقد قدمنا في هذا الشأن أن الكفيل العيني في تقديرنا ، هو شخص قبل أن تتوافر فيه صفة المديونية إلى جوار المدين ، ولكنه حدد المسؤولية عنها في نطاق القيمة الاقتصادية للعقار المرهون (٣) . وعلى هذا النحو يمتنع عليه محاولة تطهير العقار .

— واقعة مادية تستعصى على التسجيل . على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا ، فإنه من وقت تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يكون لأي رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة في حق الحائز ، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . وإذا كان السبب الصحيح في التقادم القصير واجب التسجيل وفقاً لأحكام المشروع (وهو ما جاء أيضاً في المادة ٩٦٩/٣ من التقنين) ، فإن التسجيل واجب لكسب الملكية نفسها بالتقادم وليس واجباً للتطهير . ذلك أن من يملك بالتقادم القصير لا يملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية ، وإنما يملك بواقعة مادية تستعصى على التسجيل ، هي الحيازة المقترنة بحسن النية وهذا السبب الصحيح . مجموعة الأعمال التحضيرية - ص ١١٨ .

يظهر إذن مما تقدم أن وصف الحائز يصدق على من يكتسب ملكية العقار بالتقادم ، وذلك سواء كان التملك بالمدة الطويلة أو المدة القصيرة . وسند الملكية هنا واقعة قانونية لم يشترط المشرع تسجيلها لسريانها في مواجهة المالك الحقيقي أو الغير . راجع في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٣٥ ، وما بعدها ، وقارن سليمان مرقس فقرة ١٥٩ ص ٢٣٤ .

(١) انظر ما تقدم فقرة ١٠٨ .

(٢) ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الحائز لا يجوز له أن يلجأ له إلى تطهير العقار بعد التنازل عن ذلك صراحة أو ضمناً ، لأن بواعث تقريره ، وإن كانت تتصل بالمصلحة العامة إلا أنها لا تكفي لاعتباره من النظام العام الذي تفلت أحكامه من التعديل الإرادي - بلانبول وريبير وبكيه - ١٣ فقرة ١٢٠٧ - انظر أيضاً جمال الدين زكي ص ٣٨٠ .

(٣) راجع ما تقدم فقرة ٨٥ .

وتبدو عدالة هذا الحكم بالنظر إلى العلة من إقرار التطهير . فهو وسيلة قانونية أراد بها المشرع أن ييسر تداول الملكية العقارية . وذلك بتمكين من يتلقى ملكية العقار من تحريره من الرهون المقررة عليه . وهي وسيلة أقرها المشرع على حساب مصالح الدائنين . إذ هو يلزمهم بشأنها إما أن يقبلوا القيمة المعروضة . أو يطرحوا العقار للبيع بالمازاد ، الأمر الذي يفضي إلى استيفاء حقوقهم قبل الموعد المحدد أصلاً لاستحقاقها . هذه العلة المتقدمة لا تتوافر في الكفيل العيني ، إذ أنه أقدم طائعا مختاراً على تقديم عقاره لضمان الوفاء بالدين . ومن ثم ليس من العدالة أن يسمح له بالعدول عن موقفه . وإجبار الدائنين على قبول وفاء معجل (١) .

وهكذا يتضح من كل ما تقدم أن الشخص الذي يجوز له تطهير العقار هو كل من اكتسب ملكيته أو حق عيني آخر يقبل البيع استقلالاً ، وبشرط ألا تتوافر فيه صفة المديونية . ويضاف إلى ذلك وجوب تسجيل سند الحائز ، إذا كان هذا التسجيل واجباً . كما يشترط أن تكون الملكية قد اكتسبت في التاريخ الواقع بين قيد الرهن وتسجيل تنبيه نزع الملكية . وغنى عن البيان أيضاً ، وكما أشرنا من قبل ، أن الحكمة من التطهير تنتفي إذا كان سند ملكية الحائز يفضي إلى انقضاء حق التبع كما هو الحال بالنسبة إلى الراسي عاياه المازاد ، أو في صورة نزع الملكية للمنفعة العامة .

ويجوز لمن توافرت فيه الشروط المتقدمة تطهير العقار وذلك حتى ولو تلقى ملكية جزء منه فقط . بل ويحق أيضاً للمالك بشرط فاسخ (٢) أن يطهر

(١) انظر بودان وفواران ص ١٤ فقرة ١٠٨٥ ، أوبري وروجر ج ٣ فقرة ٢٩٣ مكرر ص ٦٨٠ . راجع أيضاً في الفقه المصري عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٣٨ ، وقارن أحمد أبو الوفا في إجراءات التنفيذ ص ٦٦٠ هامش ٣ .

(٢) ويلاحظ بطبيعة الحال أن المالك بشرط واقف لا يحق له مباشرة التطهير ، لأنه لا يصبح مالكا إلا بعد تحقق الشرط ، أما خلال الفترة الأولى فهو لم تثبت له هذه الملكية بعد . راجع مانتكلوبيدى كيبالوز ج ٤ ص ٣٩٧ بند ٥٦ .

العقار . فإن تخلف الشرط ، خلصت له ملكية العقار بصفة باتة ، محررة من الرهون وإن تحقق الشرط زالت عنه الملكية بأثر رجعي ، وهنا يفضى منطق الأثر الرجعي للشرط إلى زوال آثار التطهير بالتبعية . ولكن المشرع قد خرج عن هذا الحكم صراحة فقرر أنه إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً ، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار (م ١٠٨٣ مدني) .

الفترة التي يجوز فيها التطهير : يستفاد من نص المادة ١٠٦٤ أن هذه الفترة تبدأ منذ اكتساب الحائز ملكية العقار . ويحدث ذلك بتسجيل سند الملكية ، إذا كان واجب التسجيل ، أو بانقضاء المدة الواجبة لكسب الملكية بالتقادم . وهنا نلمس فائدة التطهير وأهميته للحائز . فهو يجيز له منذ البداية أن يبادر بتخليص العقار من الرهون التي تثقله . وبذلك يغنيه عن قلق الانتظار ، حتى يحل أجل الدين ويطالب به الدائن ، ثم يشرع في التنفيذ على العقار .

ويظل هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع ، أي إلى آخر المرحلة التي تسبق مباشرة ، طرح العقار للبيع بالمزاد . وقد استهدف المشرع في ذلك منح الحائز أطول فرصة ممكنة لتحرير عقاره من الرهون . فإذا لم يعبر عن هذه الرغبة ، امتنع عليه إبدائها بعد إعداد العقار للبيع بالمزاد ، وليس له حينئذ إذا أراد الاحتفاظ بملكية العقار ، إلا أن يشترك في المزايدة ، وقد أجاز له القانون ذلك صراحة .

إجراءات التطهير : تتمثل إجراءات التطهير في اتخاذ موقف معين من جانب الحائز ، وإبداء رأي الدائنين في هذا الموقف ، وتحديد المصير النهائي للعقار على ضوء هذا الرأي .

موقف الحائز : يجب على حائز العقار المرهون أن يوجه إعلاناً رسمياً على يد محضر إلى كل دائن صاحب حق مقيد على العقار . ويصدق بهذا الوصف

على الدائن المرتين رهناً رسمياً . والمرتين رهناً حيازياً . والمقرر له حق اختصاص ، والمزود بحق امتياز عقارى خاص . على أنه يشترط فى هذا الشأن أن يكون كل حق من الحقوق المتقدمة قد سبق شهره بإجراء القيد فى تاريخ سابق على اكتساب الحائز للملكية العقار .

وتوجه الإعلانات إلى الدائنين فى الموطن المختار الذى ورد ذكره فى قائمة القيد ، فإن تخلف هذا البيان يجوز الإعلان فى قلم كتاب المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار (١) . ويجوز أيضاً بطبيعة الحال فى محل إقامة الدائن .

ويترتب على إهمال الحائز فى إعلان أحد الدائنين ، عدم سريان آثار التطهير فى مواجهته ، وبالتالي يجوز له التنفيذ على العقار . على أن ذلك متروك تقديره للدائن صاحب المصلحة ، فقد يكون راضياً عن المبلغ المعروض ، وحينئذ يحق له الاشتراك فى التوزيع حسب المرتبة التى يحولها له القيد .

ويشترط فى كل إعلان موجه إلى أحد الدائنين المتقدمين أن تذكر فيه البيانات الآتية : -

١ - سند ملكية الحائز : وفى هذا الشأن يلزم بيان طبيعة هذا السند ، هل هو تصرف قانونى أم واقعة التقادم . فإذا كان تصرفاً قانونياً يجب ذكر نوعه (إذا كان بيعاً أو هبة مثلاً) . وهنا أيضاً يتعين ذكر اسم المالك السابق للعقار مع تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل . وإذا كان التصرف القانونى بيعاً يذكر أيضاً الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن . وفى هذا البيان الأخير عون للدائنين على اتخاذ موقف من المبلغ الذى يعرضه الحائز كقيمة تقديرية للعقار .

٢ - تحديد العقار : لابد من ذكر العقار وتعيينه على سبيل التحديد . وهو

(١) راجع "ما تقدم فى البيانات القانونية فى قائمة القيد" فقرة ٦٠ .

بيان ييسر للدائنين معرفة نطاق ملكية الحائز ، وعلى ضوءه يمكن اتخاذ موقف من العرض المقدم لهم .

٣ - يجب أن يتضمن الإعلان كذلك قائمة تشمل أسماء الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة ، مع ذكر تاريخ هذه القيود ومقدار الحقوق التي تضمنها . وظاهر من هذا البيان أن المعلومات التي يتضمنها بالغة الأهمية بالنسبة إلى كل دائن . فهي تعينه على تحديد موقفه من المبلغ المعروض ، ومدى توافر الفرصة أمامه في استيناء دينه . وهو يستطيع إدراك هذه الفرصة بالنظر إلى عدد الدائنين الذين يحتلون مراتب متقدمة عليه ، واحتساب مقدار الديون المستحقة لهم .

٤ - أخيراً ، ولعل هذا البيان دلالة حاسمة في آثار العرض ، يجب ذكر المبلغ الذي يقدره الحائز كقيمة معبرة عن العقار .

ويلاحظ في هذا الشأن أن تقدير هذا المبلغ ينفرد به الحائز وحده ، وتبدو مصلحته ظاهرة في أن يصل به إلى الحد الأقصى المعبر عن القيمة الحقيقية للعقار ، على نحو يبعث الطمأنينة في نفس كل دائن ، فيرده عن كل قلق يساوره أو أمل في الحصول على منفعة أوفر بطرح العقار للبيع بالمزاد .

وقد أورد المشرع قيوداً على تقدير الحائز في حالة ما إذا اكتسب ملكية العقار عن طريق البيع ، فالزمه بعرض مبلغ لا يقل عن المتبقى في ذمته من الثمن المستحق . بل وقد وضع أيضاً حداً أدنى لهذا التقدير ، وهو ألا ينقص عن السعر الذي يتخذ أساساً لتحديد الثمن في حالة نزاع الملكية . ولكن ذلك الحكم الأخير ظل عديم التطبيق ، لأن تقنين المرافعات جاء خالياً من وضع هذا الأساس (١) .

(١) بذلت محاولات فقهية لتيسير تطبيق حكم المشرع في التقنين المدني ، فقليل بالاستعانة بما جاء في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق . وقد جاء فيه (م ٨٥) أن الرسوم التي تؤخذ عن العقارات تقدر على أساس أن قيمة الأطنان الزراعية لا تقل عن الضريبة السنوية مضروبة في ٦٠ وأن قيمة الأملاك المبنية لا تقل عن القيمة الإيجارية السنوية المتخذة أساساً لربط العوائد مضروبة في ١٥ (راجع سليمان مرقص ص ٢٤٢ هامش ١) . وأياً كان الأمر في تقدير هذا الجهد الفقهي . فليس من اليسير اتساعه بلا نص صريح ، مادام المشرع في تقنين المرافعات لم يضع سعراً أساسياً لنزع ملكية العقارات .

أخيراً أضاف المشرع أن الحائز إذا تلقى ملكية عقار (كأرض زراعية مثلاً) و كان مثقلاً في أجزاء متعددة منه برهون مختلفة . يجب عرض تقدير مستقل لكل جزء من العقار على انفراد . و ظاهر أن هذا الحكم قصد به تمكين كل دائن من اتخاذ موقف فيما يتعلق بدينه .

إذا تم إجراء الإعلان على النحو المتقدم ، لا يلتزم الحائز بإيداع المبلغ المعروض ، بل يجب في هذا الصدد أن يبدى فقط استعداداه للوفاء بالديون المقيدة في حدود المبلغ الذى قدره . ولم يترك المشرع هنا بين الديون الحالة أو المؤجلة . بل ألزم الحائز بأداء استعداده لأداء مبلغ واجب الدفع فوراً ، أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة (م ١٠٦١ مدنى) .

والحكمة من النص المتقدم هي أن المشرع ، بالأخذ بالتطهير كوسيلة لتخليص العقار من الرهون ، قد حرم الدائنين من الآجال التى اقترنت بها حقوقهم كما سبق البيان . وهو من ناحية أخرى تعويضاً لهم عما فقدوه ، يلزم الحائز في الوقت نفسه بأداء المبلغ المعروض فوراً إذا ارتضى الدائنون العرض المقدم لهم . ذلك الحكم لا يتصل بالنظام العام ، فهو لا يضع قاعدة آمرة ، ومن ثم يجوز للدائنين التنازل عن تلقى الوفاء العاجل . ومنح الحائز أجلاً لأداء ما التزم به (١)

هكذا يتمثل موقف الحائز في أنه تعبير عن إرادة منفردة* بالرغبة في تطهير

(١) أخذ المشرع في الرهن البحرى (القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بحقوق الامتياز والرهن البحرية) بحكم مماثل فأجاز التطهير الاختيارى للسفينة ، وألزم الحائز (ومسو مشتري السفينة) أن يقرر استعداده لدفع جميع الديون المضمونة بالرهن فوراً سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة وذلك في حدود الثمن الملتزم به . ولكن يختلف حكم الرهن البحرى عما جاء في التقنين المدنى ، في أن الدائن حينما يرفض العرض المقدم من مشتري السفينة ، له أن يطلب في مدى عشرة أيام من تاريخ الاعلان بيع السفينة أو جزء منها مع تقرير بزيادة العشر . بينما نجد ، كما يتضح من دراستنا في المتن ، أن الدائن حينما يرفض عرض حائز العقار المرهون لا يقرر الزيادة بالعشر بل يطلب فقط طرح العقار للبيع بالمراد . انظر مصطفى كمال طه أصول القانون البحرى فقرة ٧٨٣ .

العقار من الحقوق العينية التبعية التي تثقله . وهي إرادة يلتزم بالابقاء عليها فترة معينة حددها المشرع بثلاثين يوماً ، ينبغي على الدائنين خلالها إبداء رأى في هذا العرض .

رأى الدائنين في العرض : تنتهى المرحلة الأولى في التطهير بتوجيه الاعلانات . وتبدأ مرحلة ثانية يظهر فيها الدائنون ، ويتعين فيها إبداء الرأى فيما عرض عليهم . وفي هذا الشأن أفصح المشرع عن رغبته في حسم الأمر على وجه الاستعجال ، وبطريقة جديدة . ويتمثل ذلك في أنه قيد إبداء الرأى بفترة قصيرة حددها بثلاثين يوماً تحسب من تاريخ آخر إعلان رسمي ، ويضاف إليها ميعاد مسافة بين الموطن الأصلي لكل دائن وموطنه المختار ، على ألا يتجاوز هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى (١٠٦٧) . وقد أراد المشرع أيضاً أن يجعل لإبداء الرأى صفة جديدة ، فالزوم الدائن الذى يرفض العرض بإيداع مبلغ في خزانة المحكمة يغطى مصاريف البيع بالمزاد ، وحرمة من استرداد هذا المبلغ إذا لم يرس المزاد بشمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز (١٠٦٨) .

يتضح مما تقدم أن المشرع بهذا التحديد الزمنى لإبداء الرأى ، وبذلك التكليف الذى أوقعه على الدائن الذى يرفض العرض ، أراد أن يكفل للتطهير تطبيقاً فعالاً . والأمر لا يخرج عن أحد فرضين ، إما أن يقبل الدائنون العرض أو يرفضه بعضهم أو أحد منهم .

١ - قبول العرض : يقبل الدائنون العرض الموجه إليهم إذا قدر كل منهم أن المبلغ التقديرى يعبر عن القيمة الحقيقية للعقار . وهو قبول قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً بترك ميعاد الخيار المحدد فى القانون ، دون اتخاذ موقف معين .

ويكفى اعتراض أحد الدائنين ، أو كفيل يضمن الوفاء بالحق المضمون بالرهن ، حتى يصبح قبول العرض مستحيلاً .

على أنه إذا تخلف أى اعتراض : يترتب على ذلك تخليص العقار نهائيا من الحقوق المقررة عليه .

ولكن التطهير ينصرف فقط بطبيعة الحال إلى الحقوق التى كانت مقررة للأشخاص الذين قام الحائز بإعلانهم بالعرض . ومن ثم فهو لا ينصرف إلى ما يكون قد رتبته شخصيا من رهون .

ولا يتم التطهير قانوناً إلا إذا قام الحائز بدفع المبلغ الذى عرضه للدائنين الذين تسمح مراتبهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة . والإيداع فى خزانة المحكمة يلجأ إليه الحائز عادة حينما يستشعر خلافا بين الدائنين فى التوزيع (م ١٠٧٠ مدنى) .

٢ - رفض العرض : لم يكن من العدل أن يلزم المشرع الدائنين بعرض انفراد بتقديمه الحائز وحده . ولهذا أجاز لهم كما تقدم البيان التعبير عن عدم رضائهم به ، والمطالبة بطرح العقار للبيع بالمزاد .

ويكفى فى هذا الصدد أن يتصدى دائن واحد لرفض العرض ، حتى يفوت على الحائز عرضه منه . بل ويجوز أيضاً لكل كفيل ضامن لوفاء بحق يضمنه الرهن ، أن يرفض هذا العرض . ذلك أن الكفيل من مصلحته تمكين الدائن المرتهن من استيفاء دينه من قيمة العقار المرهون . حينئذ يزول التزامه بانقضاء الكفالة .

وحتى يطمئن المشرع إلى جدية الرفض ، حرص على تنبيه الدائن أو الكفيل إلى عدم الإقدام عليه دون روية وتبصر . ومن ثم ألزم من يرفض العرض بإيداع مبلغ فى خزانة المحكمة كاف لتغطية مصاريف البيع بالمزاد . بل وحرمه من استرداد المبلغ ، كما تقدم ، إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز .

بل وقد أراد المشرع أن يعجل بحسم الأمر ، فالزم من يرغب فى عدم قبول

العرض أن يعبر عن إرادته في موعد محدد ، قدره بثلاثين يوماً من آخر إعلان يوجه إلى الدائنين . مضافاً إليه ميعاد مسافة بين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار . على ألا يزيد هذا الميعاد عن ثلاثين يوماً أخرى . هذا هو التحديد الزمنى الذى وضعه المشرع لخيار الدائن . ويظهر منه أننا بصدد ميعاد سقوط ، وبالتالي فهو يسرى على كل شخص حتى ولو كان ناقص الأهلية .

على أن المشرع من ناحية أخرى أراد أن يكفل مصلحة الدائنين ، ويفوت فرصة تواطؤ الحائز مع أحدهم ، فوضع حكماً مقتضاه أنه لا يجوز لمن رفض العرض أن يتنحى عن طلبه في بيع العقار إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء (الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٨) . والقول بغير ذلك فيه تغريب بدائن أو كفيل اعتمد على رفض باشره زميل له ، فانقضت على هذا النحو المدة المحددة قانوناً لإعلان الرفض .

ويتم التعبير عن الرفض في صورة إعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق للعقار (سواء كان المدين أو غيره) (١) . ويوقع على الإعلان طالب الرفض أو من يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً . ويجب أن يصحب الإعلان إيداع مبلغ كاف لتغطية مصاريف البيع كما سبق البيان . وفي هذا الشأن يقرر المشرع بطلان الطلب إذا لم يتوافر أحد الشروط السابقة (٢) .

(١) وتظهر مصلحة المالك السابق للعقار إذا كان شخصاً غير المدين في العلم برفض العرض ، فقد يفضل القيام بسداد حقوق الدائنين حتى يتوقى بذلك دعوى الضمان التي قد يستخدمها في مواجهته حائز العقار المرهون . أما إذا كان المالك السابق هو المدين نفسه ، فصلحته أكثر ظهوراً في العلم بالرفض عساه ايضاً يؤثر سداد الديون في تفادى رجوع الحائز عليه .

(٢) تنبى الإشارة هنا إلى احتمال تواطؤ الحائز مع أحد الدائنين على أن يعتمد هذا الأخير توجيه إعلان بالرفض مشوب بالبطلان ، وبذلك قد تفوت المدة القانونية للرفض ويتقرر بطلان الإعلان ، فيحرم الدائنون من إمكان بيع العقار بالميزاد . على أنه إذا ثبت هذا التواطؤ فهو خاضع للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، ويجوز الحكم بالتمويض للدائنين . راجع بودان وقواران ج ٢٤ فقرة ١١١٨ .

ويتضمن الإعلان بطبيعة الحال رفض العرض المقدم من الحائز وطالب بيع العقار المطلوب تطهيره . عندئذ تتبع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل . وقد يكون أحد الدائنين ، وقد تتوافر هذه المصلحة للحائز أيضا . وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار (الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٩) (١) .

هكذا يقع رفض العرض الموجه من الحائز ، فيفوت عليه رغبته في الاحتفاظ بملكية العقار ، وتحريره من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه . دون الاتجاء إلى اجراءات البيوع الجبرية .

على أن المشرع قد هيا للحائز فرصة أخرى يستطيع بمقتضاها أن يحتفظ بملكية العقار . وهو في هذا الشأن استعان بأداة قانونية ، راعى في تقريرها أنه ليس من العدل حرمان الحائز من ملكه لمجرد أن أحد الدائنين تصادى لرفض العرض الموجه اليه . وقوام هذه الأداة هو حق الحائز في الاشتراك في مزاد العقار ، بشرط ألا يعرض ثمنا أقل من الباقي في ذمته . فاذا طرح العقار للبيع بالازاد ، وفقا للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات ، تنحصر النتيجة في أحد أمرين ، إما رسو المزاد على الحائز نفسه ، أو انتقال ملكية العقار إلى مزايده آخر غير الحائز . وسنعرض لدراسة كل فرض منها على انفراد بعد الفراغ من بيان حق الحائز في تخلية العقار . أو رضائه بتحمل اجراءات نزع الملكية .

على أنه ينبغي الإشارة هنا فقط ، وسنعود إلى تفصيل هذا الحكم مرة أخرى ، إلى أن رفض العرض وطرح العقار للبيع بالازاد يرجى وقوع التطهير . ففي هذه الحالة لا يتحرر العقار من الحقوق المقيدة (سواء رسا المزاد على

(١) لم يستلزم المشرع في التقنين المدنى الجديد وجوب انتقير بزيادة العشر إذا ما طلب أحد الدائنين طرح العقار للبيع بالازاد ، وهو إجراء أوجبه القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ (الخاص بحقوق الامتياز والرهون البحرية) في حالة التطهير الاختيارى للسفينة . راجع مصطلق كمال طه أصول القانون البحرى فقرة ٧٨٣ .

الحائز (أو غيره) إلا بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد في خزانة المحكمة ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن وفقا لأحكام المادة ١٠٧٥ ، ١٠٨٤ من التقنين المدني (١) .

مما تقدم يظهر لنا أن محاولة تطهير العقار ليست مأمونة العاقبة من حيث تمكين الحائز من تفادي بيع العقار بالمزاد . اذ يكفي فقط أن يرفض أحد الدائنين العرض الموجه إليه . وهنا يظهر أن وسيلة قضاء الديون التي يضمن العقار الوفاء بها لا تعرض الحائز للخطر السابق ، فهو إن قام بسداد جميع الديون ، امتنع على أى دائن حتى المطالبة بطرح العقار للبيع بالمزاد . وخلصت ملكيته للحائز محروقة من الحقوق المقررة عليه (٢) .

(١) انظر مايل في دراسة رسو المزاد على الحائز أو غيره ، وفي دراسة الفصل الثالث المخصص لزوال الرهن الرسمي .

(٢) يتفق التطهير وقضاء الديون في أن كلا منها أداة قانونية يرمى بها الحائز إلى ادراك هدف مشترك ، وهو تحرير العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه . على أن المفاضلة بينها تقتضى تسجيل الملاحظات الآتية : -

١ - يعتبر قضاء الديون ، في سبيل تحقيق الهدف المتقدم ، وسيلة مأمونة العواقب ، ذلك أن مجرد سداد جميع الديون يترتب عليه تخليص العقار من الحقوق المقيدة عليه بصفة نهائية . بينما نجد أن عرض الحائز لقيمة تقديرية للعقار ، لا يجنبه مخاطر رفض أحد الدائنين لهذا العرض ، وقد يفضي ذلك إلى خروج العقار من ذمته إذا ما رسا المزاد على شخص آخر . ومن ثم فإن قضاء الديون جميعها ، يفضل التطهير من حيث أنه أكثر ضمانا في تمكين الحائز من الاحتفاظ بملكية العقار المرهون .

٢ - على أن التطهير يفضل سداد الديون من ناحية أخرى ، وهو أنه وسيلة يجوز للحائز أن يستعين بها فور اكتسابه ملكية العقار ودون حاجة إلى انتظار انقضاء الدائن حينما يحصل أجل الدين . فالتطهير على هذا النحو وسيلة عاجلة تيسر للحائز تخليص العقار من الرهن ولو كانت الديون موزعة .

ولكن يلاحظ من جهة أخرى أن حتى الحائز في قضاء الديون يمتد إلى فترة أبعد مدى من حقه في التطهير . فقد بينا في المتن أن ايداع قائمة شروط البيع هو التاريخ المنهى لحق الحائز في التطهير . أما قضاء الديون فيفضل ميسرا حتى يوم رسو المزاد . بل وجدير بالإشارة في هذا الصدد أيضا ، الحكم الذي استحدثه تقنين المرافعات في المادة ٦٨٤ (وهو يعصل بالحالة التي يعاد فيها =

١١٦ - تخلية العقار

هذه وسيلة قانونية ثالثة زود بها المشرع حائز العقار المرهون. وهو يستخدمها إذا ما قدر أن الاستعانة بالوسائل الأخرى لا تحقق له نفعاً . فقد يرى أن قضاء الديون لن يكفل له استيفاء ما دفعه في حالة رجوعه على المدين ، وقد يتبين له أن محاولة التطهير ستفضي حتماً إلى رفض أحد الدائنين لعرض الموجه لهم . وقد يكون حريصاً على عدم تحمل إجراءات نزع الملكية . وعندئذ يفضل تخلية العقار .

وتخلية العقار معناها ترك الحيازة العرضية لشخص آخر غير الحائز تتخذ

مزاد بيع العقار إذا قرر شخص من يجوز لهم الاشتراك في المزاد ، أنه يقبل الشراء بزيادة العشر . هنا أجاز القانون الحائز مرة أخرى (وللمدين أيضاً) حتى اليوم المحدد للمزايدة الثانية ، أن يودع خزانة المحكمة . بلنا يكفي لوفاء الديون والفوائد والمصاريف المستحقة للدائن مباشر التنفيذ ، والدائنين الذين سجلوا تنبيهاًهم والدائنين المقيدة حقوقهم ، ويفتقرون أيضاً ما صرفه مقرر الزيادة بالشر في إجراءات التقرير بها . ويعلن محضر الإيداع إلى الدائنين المتقدم ذكرهم وإلى مقرر الزيادة والراسى عليه المزاد . ويجوز التجاوز عن الإيداع برضاء هؤلاء الدائنين جميعاً . ويترب على ما تقدم أن يقرر قاضي البيع إلغاء حكم مرسوم المزاد وشطب إجراءات المزايدة الثانية ويحصل التأشير بما يفيد ذلك بناء على طلب قلم الكتاب على هامش تسجيل حكم مرسوم المزاد بغير مصاريف . وقد رجح المشرع بذلك الحكم مصلحة المدين أو الحائز في استيفاء ملكه على مجرد أمل المشتري بالمزاد الأول في الاحتفاظ بما آل إليه بموجب بيع مقترن بشرط قاسخ ، وعلى مجرد أمل مقرر الزيادة في إيقاع البيع الثاني له بالنظر الذي عرضه (المذكرة التفسيرية لقانون المرائعات) .

يظهر مما تقدم أن حق الحائز في تطهير العقار يبدأ في تاريخ سابق على حقه في قضاء الديون ، إذ يجوز له مباشرة التطهير منذ اكتساب ملكية العقار . ولكن حقه في قضاء الديون يعتمد إلى تاريخ أبعد مدى ، فهو يظل قائماً حتى يوم رسو المزاد ، بل يعود للظهور مرة أخرى إذا ما أعيد البيع بناء على التقرير بزيادة العشر .

ولو تأملنا النظر في المفاضلة بين هاتين الوسيلتين ، لوجدنا أن الحائز يميل إلى قضاء الديون إذا كانت تقل في مقدارها عن قيمة العقار المرهون . وهو يفضل التطهير إذا كان قدر الديون يتجاوز قيمة العقار ، عندئذ يقنع بعرض تقديري ، ويأمل في قبول الدائنين لهذا المبلغ باعتباره أن بيع العقار لن ييسر لهم الحصول على أكثر منه .

ضده إجراءات نزع الملكية وبذلك يتفادى الحائز ظهور اسمه في هذه الإجراءات وهو أمر قد يخشى حواقبه لما ينضى إليه من مساس بسمعته المالية .
وبهذه المثابة يظهر لنا أن تخلية العقار حق يلجأ إليه إذا أراد أن يتجنب اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار في مواجهته . وبذلك يصون ائتمانه من شبهة اضطراب مركزه المالي ، وهو ما قد توحى به مباشرة إجراءات نزع الملكية باسمه .

بل وتتميز التخلية بأنها تجيز للحائز أن يترك الحياة العرضية لشخص آخر . وهكذا يتوفى تحمل إجراءات نزع الملكية بما تتضمن من جهد ونفقة . وفضلا عن ذلك فهو يتخلص من مسئولية إدارة العقار في هذه الفترة الحرجة التي تبدأ بالشروع في التنفيذ وتنتهى ببيع العقار بالمزاد (١) . ولا يلجأ الحائز عادة إلى التخلية ، إلا إذا كان غير راغب في وفاء الديون ، أو في تطهير العقار على النحو السابق بيانه (٢) .

على أن جانباً من الفقه لا يروق له نظام التخلية . فهو ، وإن كان لا يضر الدائن المرتهن : إلا أنه ، ينضى إلى تعطيل إجراءات التنفيذ . بما يقنضيه من تعيين حارس على العقار ، وما ينضى إليه من تعثر هذه الإجراءات والزيادة في نفقاتها (٣) .

على ضوء ما تقدم نتناول بالبحث تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم تخلية العقار ، والإجراءات التي يجب اتباعها ، وأخيراً الآثار المترتبة عليها :

من يجوز له تخلية العقار : يتحدد الأشخاص الذين يجوز لهم تخلية العقار على

(١) ويلاحظ في هذا الشأن انتفاء مصلحة الحائز في التمسك بإدارة العقار ، لأن الآثار التي يغالها تلتحق بقوة القانون لصالح الدائنين من وقت انذار الحائز بالدفع أو التخلية . راجع ما تقدم فقرة ١١٠ .

(٢) وفي هذا الشأن تقرر مذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي « إذا لم يدفع الحائز الدين ولم يلجأ إلى التطهير ، بقي أمامه أن يخل العقار حتى يكتفى نفسه المؤونه في مواجهة إجراءات التنفيذ ، وحتى يتق الظهور في هذه الإجراءات شخصاً تنزع ملكيته بما ينطوى على ذلك من مساس بسمعته » . مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٢٢ .

(٣) انظر في هذا المعنى بلانيرول وريبير وببيكيه ج ١٣ فقرة ١١٤٤ ص ٥٠٠ .

ضوء طبيعة هذه الوسيلة القانونية . والهدف من تقريرها . فهي ترك الحيازة العرضية بقصد عدم ظهور اسم مالك العقار في إجراءات نزع الملكية . وعلى هذا النحو تمتنع التخلية على كل شخص يمكن للدائن أن يسأله عن وفاء الدين بضمان أموال أخرى غير العقار المرهون .

تطبيقا لما تقدم لا تجوز التخلية لمدين متضامن أو كفيل شخصي اكتسب ملكية العقار المرهون . لأن الدائن في وسعه أن ينفذ على أى مال آخر مملوك لأحد منهما . وبذلك تنتفى الحكمة من التخلية . ويكون السماح بها عديم الجدوى .

وعلى النقيض من ذلك أجاز المشرع للكفيل العيني أن يطالب تخلية العقار (الفقرة الثانية من المادة ١٠٥١) . وقد قدمنا في هذا الصدد (١) أن الكفيل العيني في تقديرنا تتوافر فيه صفة المديونية ، ولكنه يحدد المساواة عنها في نطاق العقار المرهون فقط . وهو بذلك يمتنع عليه التطهير ، باعتبار أنه مسئول عن أداء الدين في الحدود المتقدمة . ولكن ليس ثمة ما يمنع من السماح له بتخلية العقار لتوافر الهدف من تقرير هذه الوسيلة القانونية . فكل ما يسعى إليه الكفيل هنا هو ترك الحيازة العرضية ، حتى يتجنب إشراكه في إجراءات نزع الملكية . وهو باتخاذ هذا الموقف يستند إلى أنه مدين تابع ، وأنه لا ضرر على الدائنين من انسحابه أثناء التنفيذ على العقار .

بقى أخيرا حائز العقار المرهون ، وهو صاحب الحق الأصيل في التخلية . ولكنه يتجرد منه في كل مرة يلتزم فيها بأداء الديون ، إما بناء على اتفاق أو نص في القانون . في الأحوال التي ألزمه فيها المشرع بذلك (م ١٠٦٣ من التقنين المدني) (٢) . وتمتنع عليه التخلية أيضا إذا تعهد في مواجهة المالك السابق للعقار بدفع الديون من الثمن المستحق في ذمته ، وقبل الدائنون هذا

(١) راجع ما تقدم فقرة ٨٦ . وانظر أيضا فقرة ١٠٩ في وجوب ألا تتوافر في الحائز صفة المديونية ، فقرة ١١٢ في عدم جواز تطهير العقار إلا من حائزه .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ١١٤ .

التعهد (١) . بل ولا تجوز له التخلية إذا باشر إجراءات التطهير بعرض قيمة تقديرية للعقار ، إذ يتعلق حق الدائنين بهذا العرض منذ إعلانهم به ، ويلتزم الحائز بأداء هذا المبلغ .

إجراءات التخلية : لم يتضمن التقنين المدني الجديد تحسيدا للنطاق الزمني لجواز مباشرة التخلية . ولكنه أشار فقط إلى الوقت الذي تبدأ فيه فائدتها . ويكون ذلك بتوجيه الإنذار إلى الحائز بالدفع أو التخلية (م ١٠٧٢ من التقنين المدني) .

ويمكن القول على ضوء الغاية من هذه الوسيلة القانونية ، أن الحائز يستطيع تخلية العقار طوال الفترة التي تستمر فيها إجراءات نزع الملكية . وعلى هذا النحو يظل حقه قائماً فيها حتى تاريخ رسو المزااد . على أنه يلاحظ بطبيعة الحال أن الحائز الذي يحرص على عدم ظهور اسمه يبادر منذ إنذاره بإبداء الرغبة في تخلية العقار .

وقد تكفلت المادة ١٠٧١ ببيان الإجراءات التي يجب اتباعها فنصت على ما يأتي « تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها » .

ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك .

تبدأ الإجراءات ، كما يظهر من نص هذه المادة ، بطلب يتقدم به الحائز

(١) انظر بلائيول وريبير وبيكيه ج ١٣ فقرة ١١٤٧ ، ونلاحظ في هذا الصدد أن قبول الدائنين لمثل هذا التعهد ، يجعل كل منهم دائناً مباشراً للحائز ، وذلك على أساس أن الاتفاق بينه وبين البائع يكون بمثابة اشتراط لمصلحة الغير .

أو الكفيل العيني إلى قلم كتاب المحكمة المختصة . ثم يبادر بالتأشير بهذا الطلب في هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية . ويعلم الدائن الذي شرع في التنفيذ على العقار بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت تقديم الطلب بها إلى المحكمة .

وعلى ضوء هذه الخطوات المتقدمة ، يصدر الحكم بإقرار التخلية : ويتعين أمين أو حارس على العقار تبأشر إجراءات نزع الملكية في مواجهته . ويجوز لكل دائن صاحب مصلحة أن يعترض على التخلية إذا ما تخلف شرط من شروطها ، وبصفة خاصة إذا كان الحائز قد تعهد اتفاقاً بسداد الديون ، أو كان ملزماً بذلك بنص القانون كما تقدم البيان .

وقد أجازت المادة ١٠٧١ التعميل بتعيين حارس باستصدار حكم من قاضي الأمور المستعجلة . بل وقد يعين الحائز نفسه حارساً إذا طلب ذلك . على أنه يندر أن يتقدم الحائز بمثل هذا الطلب ، إذا كان حريصاً على إخفاء اسمه أثناء نزع ملكية العقار . ولكن يلاحظ أن صفته كحارس لا تسمى إليه بقدر ما توجه إليه الإجراءات بوصفه مالكا للعقار المرهون ، لاسيما وأن حراسته للعقار تمكنه من إدارته على نحو يبعث الطمأنينة ، إذا ما كان في نيته أن يحتفظ بملكيته بالاشتراك في المزايا .

آثار التخلية: ليس من اليسير لأول وهلة أن نلمس المزايا التي يمكن أن تترتب على التخلية ، سوى هذا الحرص الذي يلبذه الحائز في إبعاد اسمه عن إجراءات نزع الملكية .

على أن التخلية إذا ما قدرناها كوسيلة قانونية أقرها المشرع ، يمكن إدراك مزاياها . فهي أولا تفيد الدائنين ، في أنها تتضمن إقراراً من جانب الحائز بحقوقهم في مباشرة التبع . وعلى هذا النحو يمتنع عليه أن ينكر ذلك الحق عليهم بعد أن اعترف به ضمناً بطلب التخلية .

ولكن التخلية تحقق مصلحة الحائز بصفة خاصة . فهي تجنبه عبء الاشتراك في إجراءات التنفيذ على العقار ، وتعفيه من تحمل مسئولية إدارته خلال هذه

الفترة . ولعل هذا الاعتبار هو الذى يبعد فى تقديرنا احتمال أن يطلب الحائز تعيينه حارسا على العقار ، بعد أن عبر عن رغبته فى التخلية .

وكل ما تفضى إليه التخلية من آثار هو زوال الحيازة العرضية عن الحائز . أما الحيازة القانونية فتبقى له ويظل مالكا للعقار المرهون (١) حتى يرسو مزاده على شخص آخر .

١١٧ - تحمل إجراءات نزع الملكية :

قد يحجم الحائز عن سداد ديون أصحاب الحقوق المقيدة ، وقد يمتنع عن تطهير العقار . بل وربما لا يرى ذاعياً لإبداء رغبته فى التخلية ، إذا ما تلقى إنذار الدائن . عندئذ لا مناص من أن يخضع للسير الطبيعى لمباشرة التتبع ، وهو تحمل إجراءات نزع الملكية .

وعلى الدائن فى هذا السبيل أن يرسم خطوات قانون المرافعات : التى تبدأ بالتنبيه على المدين بنزع الملكية ، وبالتنبيه على الحائز بالدفع أو التخلية ، حتى تدرك فى نهاية المطاف صدور الحكم برسو المزاد .

وقد أشرنا من قبل أن تخلية العقار ، أو تحمل إجراءات نزع الملكية لا يحرم الحائز من إمكان الاحتفاظ بملكية العقار . ذلك أن القانون أجاز له الاشتراك فى المزاد بشرط ألا يعرض ثمناً أقل من المستحق فى ذمته من ثمن العقار . بل وهو يستطيع أيضاً الدخول فى المزاد ، فى الصورة التى يعرض فيها على الدائنين

(١) ويترتب على القول بأن الحائز يظل مالكا للعقار المرهون ، وأن الملكية لا تنتقل إلى الغير إلا برسو المزاد عليه النتائج الآتية : -

١ - يستطيع الحائز ورغم التخلية ، أن يقوم بسداد الديون لأصحاب الحقوق المقيدة وبذلك تخلص له ملكية العقار مطهرة .

٢ - إذا قام بائع العقار بسداد هذه الديون ، فهنا يتوقى دعوى الضمان الذى قد يوجهها إليه الحائز . وعندئذ يحق للبائع أن يازمه بالإبقاء على ملكية العقار ، ولا يجوز للحائز التمسك بأنه قد تخلى عنه . لأن التخلية كان أثرها قاصرا على مباشرة إجراءات نزع الملكية .

لتطهير الاختيارى . فيرفضه أحدهم . ويترتب على هذا الرفض طرح العقار للبيع بالمراد .

١١٨ - الفرصة الأخيرة للاعتقال الحائز بملكية العقار - الاشتراك

في المراد :

تبين لنا من دراستنا السابقة للوسائل القانونية المختلفة التي أجازها المشرع للحائز ، أن تحرير العقار المرهون يقع بطريقة ودية ، فيتوقى الحائز بيعه في حالتين : -

١ - إذا قام الحائز باختياره بسداد ديون أصحاب الحقوق المقيدة ، أو أجبر على ذلك في الصور التي جاءت في المادة ١٠٦٣ . عندئذ يفقد التنفيذ على العقار الحكمة منه ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من قيود .

٢ - إذا باشر إجراءات التطهير الاختيارى ، وصادف قبولا من الدائنين ، هنا أيضاً يتحرر العقار من الحقوق العينية التي تثقله ، إذا أودع الحائز المبلغ المعروض في خزانة المحكمة أو دفعه للدائنين الذين تسمح راتبهم باستيفاء حقوقهم منه (م ١٠٧٠ ملنى) .

ولكن هذه النتيجة المتقدمة قد ينحرق الحائز في إدراكها فيطرح العقار للبيع بالمراد . ويتوافر ذلك في الأحوال الآتية : -

١ - إذا اكتفى فقط بسداد بعض الديون ، وباشر أحد الدائنين الذى لم يستوف حقه إجراءات التنفيذ .

٢ - إذا عرض التطهير الاختيارى ورفضه أحد الدائنين ،

٣ - إذا أبدى رغبته في تخلية العقار .

٤ - إذا قبل تحمل إجراءات نزع الملكية .

في مثل هذه الصور المتقدمة ليس من سبيل أمام الحائز سوى الاشتراك في المزا، نغساها يفلح في رسوه عليه ، فيحتفظ بملكية العقار .

وقد نصت المادة ١٠٧٤ على هذا الحق بقولها « يحق للحائز أن يدخل في المزا على شرط ألا يعرض فيه ثمنأ أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه » .

نعالج الآن ما يترتب على نجاح الحائز أو إخفاقه في رسو المزا عليه بما يفضى إليه من نتائج .

رسو المزا على الحائز : في هذا الشأن نصت المادة ١٠٧٥ من التقنين المدني على ما يأتي « إذا نرعت ملكية العقار المرهون ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ، ورسا المزا على الحائز نفسه ، اعتبر الحائز مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزا أو أودعه خزانة المحكمة » .

يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع اصطنع أداة قانونية ، أجاز بمقتضاها للمالك أن يشترك في مزا أجرى لبيع عقار مملوك له . وهى أداة تهدف إلى تمكين الحائز من الاحتفاظ بملكية العقار ، وعلى هذا النحو لا ينبغي أن تجاوز الهدف من تقريرها .

تحدد الأداة بالقدر الذى لا يجاوز الهدف ، اقتضى من المشرع أن يستجيب إلى الواقع ، فيقرر أن الحائز يعتبر مالكا بمقتضى سند ملكيته الأصلي . وتخلص له هذه الملكية مطهرة من الحقوق المقيدة ، والتى من أجلها شرع في التنفيذ على العقار ، إذا قام الحائز بدفع الثمن الذى رسا به المزا إلى الدائنين أصحاب هذه الحقوق وفق ما تحوله لهم مراتب القيد ، أو إذا أودعه خزانة المحكمة .

على أن القول بأن الحائز لم يتجرد من الملكية أبدا ، وأنه يعتبر مالكا بمقتضى سند الملكية الأصلي ، يفضى إلى نتائج هامة نلخصها على النحو الآتى : —

١ - لا يلتزم الحائز بتسجيل حكم مرسى المزاد، حتى تثبت له ملكية العقار .
وفي هذا المعنى تنص المادة ٦٨٨ من تقنين المرافعات على أنه « إذا رسا مزاد العقار على الحائز لا يكون تسجيل حكم مرسى المزاد واجبا ، ويؤشر بالحكم في هامش تسجيل السند الذي تملك بمقتضاه العقار أصلا ، وفي هامش تسجيل إنذار الحائز » .

ظاهر من نص هذه المادة أن الاجراء الذي تتطلبه قصد به فقط تمكين الغير من العلم بأن طرح العقار للبيع بالمزاد ، أسفر عن تدعيم ملكية الحائز له .

٢ - إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم . كانت الزيادة للحائز ، وذلك باعتبار أنه مالك العقار (م ١٠٧٧ مدني) ولا يستطيع المالك السابق أن يدعى حقاً على هذه الزيادة .

٣ - تظل نافذة كافة الحقوق العينية التي قررها الحائز في الفترة بين اكتسابه ملكية العقار بمقتضى السند الأصلي ، وبين رسو المزاد عليه ، مثال ذلك أن يقرر للغير حق انتفاع أو ارتفاق . وكذلك أيضا يسرى حق الرهن الذي اكتسبه أحد دائنيه ، وللدائن المرتهن أن يستوفي دينه مما تبقى من ثمن العقار بعد استيفاء ديون أصحاب المراتب الأولى .

كل هذه النتائج المتقدمة تجمعها فكرة واحدة قوامها أن رسو المزاد على الحائز يؤكد سند ملكيته الأصلي ، ويزيل عنه القلق .

رسو المزاد على غير الحائز : إذا رسا المزاد على غير الحائز وسجل حكم مرسى المزاد ، انتقلت الملكية إلى الراسي عليه المزاد .

ويعتبر الراسي عليه المزاد خلفاً خاصاً للحائز ، بمعنى أنه يتلقى عنه ملكية العقار . وقد جاء التقنين المدني الجديد فحسم خلافاً قديماً بنص قاطع جاء فيه « إذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز ، فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد » (م ١٠٧٦) .

يستفاد من حكم هذه المادة أن بائع العقار في هذه الصورة هو الحائز ، وأن سند ملكية الراسي عليه المزاد ، هو حكم مرسى المزاد . هذا السند لا ينقل الملكية بين المشتري والبائع ، ولا بالنسبة إلى الغير إلا منذ تاريخ تسجيله ، وذلك وفقاً لأحكام المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى (١) .

ويترتب على أن الحائز هو الذى ينقل الملكية إلى الراسي عليه المزاد النتائج الآتية : -

١ - إذا استوفى الدائنون أصحاب الحقوق المقيدة ديونهم من الثمن وتبقى جزءاً منه ، تخلص هذه الزيادة للحائز وحده باعتباره كان مالكا للعقار المبيع وهو بائعه (م ١٠٧٧ مدنى) .

٢ - الأصل فى حكم مرسى المزاد المسجل أنه ينقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزاد بالحالة التى كانت لدى الحائز . وعلى هذا النحو لا ينقل إليه سوى ما كان للحائز من حقوق فى العقار المبيع (م ٦٨٧ مرافعات) .

على أنه يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد تطهير العقار المبيع من الحقوق العينية التبعية التى أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع (وفقاً للمادة ٦٣٢ مرافعات) ، وأخبروا بجلسة البيع (وفقاً للمادة ٦٥٧ مرافعات) وعندئذ يبقى لأصحاب هذه الحقوق حقهم على الثمن فقط .

أما بالنسبة للحقوق العينية الأصلية فالأمر يحتاج إلى إيضاح . فإذا باع الحائز العقار أو قرر عليه حق انتفاع ، فإن مثل هذه التصرفات تجعل المالك الجديد أو صاحب حق الانتفاع فى مركز الحائز . ويتعين عندئذ على الدائن المرتهن أن يباشر التمتع فى مواجهة الحائز الجديد ويوجه إليه انذار الدفع أو التخلية . على أن الدائن لا يتخذ هذا الاجراء إلا إذا كان حق الحائز قد تم شهره وفقاً

(١) راجع عبد الباسط جيمى مذكرات فى التنفيذ ج ١ موجز فى الحجوز ص ١٢٢ وهو يقرر « أن حكم مرسى المزاد هو حكم فى الصورة والشكل ولكن فى طبيعته من حيث موضوعه لا يبدو أن يكون عقد بيع (وإن كان يما جبرياً) ينمق ما بين المدين والحائز المنزوعة ملكيته - بصفته بائعاً - ، والراسي عليه المزاد باعتباره مشترياً .

للقانون قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا أجرى الشهر بعد تسجيل التنبيه . فهنا يحق للدائن أن يتجاهل المالك الجديد أو صاحب حق الانتفاع ، وأن يقنع بمباشرة اجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز الأصلي .

أخيرا يلاحظ أن حقوق الارتفاق التي يقررها الحائز على العقار المرهون تبقى نافذة في حق الراسى عليه المزار ، وذلك إعمالا للمبدأ الذى يقضى بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى سواه من الحقوق أكثر مما يملك (١) . ويراعى في هذا الحكم أن تصرف الحائز الذى يتقرر بموجبه الحق العيني الأصلي لا يتم في حق الراسى عليه المزار إلا إذا كان مسجلا قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) .

٣ - يترتب على زوال ملكية العقار عن الحائز وانتقالها إلى الراسى عليه المزار أن تبعث الحياة من جديد في كافة الحقوق العينية التي كانت مقررة له على العقار قبل أن يكتسب ملكيته . وفي هذا المعنى تنص المادة ١٠٧٨ على أنه يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى .

وقد وضعت هذه المادة حكما يخرج عن القواعد العامة في حقوق الارتفاق . ذلك أن نص المادة ١٠٢٦ يقضى بانتهاء حق الارتفاق باجتماع العقارين في يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضي فإن حق الارتفاق يعود .

فإذا كان الحائز مالكا لعقار له حق ارتفاق على العقار المرهون قبل أن يصبح مالكا له ، فالمفروض أن يزول حق الارتفاق عندما توول إليه ملكية العقار المرهون . وزوال حق الارتفاق على النحو المتقدم ينبغي أن يكون نهائيا بحيث تنتقل ملكية العقار إلى الراسى عليه المزار خالية منه . وذلك أن حكم

(١) انظر احمد ابو الوفا اجراءات التنفيذ فقرة ١٩٥ ، ٣٦٩ - عبد الباسط جميعى المرجع

السابق ص ١٣٢ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ١١٠ أثر الرهن على سلطة الحائز في التصرف في العقار المرهون .

مرس المزاد المسجل ينقل الملكية إلى المشتري . وهو لا يترتب عليه زوال السند الذي اكتسب بمقتضاه الحائز ملكية العقار المرهون . وعندئذ لا يجوز القول بعودة حق الارتفاق الزائل . إذ المفروض في هذه العودة أنها لا تتحقق وفقاً لنص المادة ١٠٢٦ ، إلا إذا كان اجتماع العقارين في يد مالك واحد قد زال بأثر يرجع إلى الماضي .

على أن المشرع في المادة ١٠٧٨ ، خروجا على القواعد المتقدمة ، قرر أن يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاق .

ويستعين الفقه الفرنسي على تعليل هذا الاستثناء بفكرة الاثراء بلا سبب . فالمفروض أن للحائز الرجوع على الدائن المرتهن ، وفقاً لأحكام الاثراء بلا سبب ، بالتعويض عن اكل تحسين أو انشاء يطرأ بفعل الحائز على العقار المرهون . ويعتبر من قبيل التحسين زوال حق الارتفاق الذي كان مقررا له على العقار المرهون ، إذ أنه يفضي إلى زيادة قيمة العقار . واثن كان التعويض هو الحكم المألوف لارضاء المفتقر في أحكام الاثراء ، فإنه في مثل هذه الحالة يبدو من الأوفق الاستغناء عنه والاكتفاء بتقرير عودة حق الارتفاق لصالح الحائز عند رسو المزاد على غيره . ويتميز هذا الحل بأنه يرضى جميع الأطراف ويصني كافة العلاقات فيما بينهم على نحو مبسط . وفضلا عن ذلك فهو يستقيم مع طبيعة انقضاء حق الارتفاق . فهو لا يعتبر زوالا للحق بالمعنى الصحيح ، بقدر ما هو أثر حتمي للعقبة التي تعوق مباشرته نتيجة لاتحاد شخص مالك العقار الخادم والمخدوم (١) .

وقد استقر الفقه الفرنسي على تطبيق الحكم المتقدم ، رغم تخلف النص ، على حق الارتفاق الذي يكون مقررا لصالح العقار المرهون على عقار مملوك

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٣ فقرة ١١٦ - بودان وفواران ج ١٤ فقرة ١١٨٢ - جارسونيه وسيزار برو فقرة ٣٢٨ .

للحائز ، وينقضى باتحاد الذمة بتملك الحائز المرهون . فإن هذا الارتفاق يبعث من جديد قياسا على حكم المادة ١٠٧٨ ، عند رسو المزااد على غير الحائز (١)

ولا ينطبق حكم المادة ١٠٧٨ على حقوق الارتفاق فقط ، بل هو يشمل كافة الحقوق العينية الأخرى التى كانت للحائز على العقار المرهون قبل أن يصبح مالكا له .

فإذا كان للحائز حق انتفاع على العقار المرهون وانقضى لاكتسابه ملكية الرقبة ، فإن هذا الحق يعود إلى الظهور مرة أخرى برسو المزااد على شخص آخر .

وأخيرا إذا كان للحائز رهن أو امتياز أو اختصاص وانقضى بتملكه العقار الذى تقرر عليه ، فإن هذا الحق ايضا يظهر مرة أخرى ، ولكنه لا يعود إلا بمرتبته القديمة . والغالب من الأمر ندرة وقوع هذا الفرض ، حيث يكون الحق قد تخلف فيه عنصر الشهر لعدم تجديد القيد أو شطبه . وأيا كان الأمر فإن حق الحائز هنا لا يتعلق بالعقار ذاته . إذ تنتقل الملكية إلى الراسى عليه المزااد مطهرة من الحقوق العينية التبعية . وإنما يستطيع استيفاء دينه من الثمن وفقا للمرتبة التى يخولها له تاريخ القيد .

١١٩ - بعض علاقات قانونية بين الحائز وغيره - رجوعه

بما رفعه - اهالة :

تثور علاقات قانونية بين حائز العقار المرهون وبين أشخاص متعددين نتيجة الشروع فى التنفيذ على العقار وطرحه للبيع بالمزااد . وقد أشرنا من قبل إلى أغلب الأحكام التى تنظم هذه العلاقات ولذا نكتفى الآن بعرضها والإحالة إلى ما سبق بيانه .

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٣ فقرة ١١٦٢ وبيدان وفواران ج ١٤ ص ٥٦٥ هامش ٢ .

١ - **معرفة الحائز بالرأسي المرتهن:** بينا في دراسة سابقة أن ثمار (١) العقار تلتحق به فتأخذ حكمه منذ اعلان الحائز بانذار المدفع أو التخلية . ولكن يلاحظ في هذا الصدد أن أثر الإنذار في إلحاق الثمار بالعقار يسقط بترك إجراءات التنفيذ مدة ثلاث سنوات . ويقع هذا السقوط بقوة القانون . ويترتب عليه أن تصير الثمار حرة خالصا للحائز ، ولا بد لإلحاقها بالعقار مرة أخرى توجبه إنذار آخر اليه (م ١٠٧٩ مدني) . وهذا الحكم انفراد بتقريره التقنين المدني فلم يرد له صدى في تقنين المرافعات . وذلك لا يمنع من وجوب الأخذ به ، باعتبار أنه يضع قيودا على إطلاق القاعدة التي تقرر تعلق حق الدائنين بالثمار في مواجهة الحائز منذ تاريخ إنذاره .

والأصل في حق الملكية أن المالك لا يسأل عما يصيب عقاره من هلاك أو تلف . ولكن المشرع قدر هنا أن العقار قد تعلق به حقوق الغير ، ولهذا عقد مسؤولية الحائز إذا تسبب في هلاكه أو تلفه بخطئه ، وهو ما أفضحت عنه المادة ١٠٨١ من التقنين المدني . وليس هذا الحكم سوى مجرد تطبيق للمبدأ الذي قدمناه وهو أن حق مالك العقار المرهون يتقيد من حيث مضمونه بوجوب عدم الإضرار بالدائن المرتهن .

٢ - **معرفة الحائز بالراسي عليه المزارع:** الفكرة الرئيسية التي تحكم هذه العلاقة سبق بيانها . وقوامها أن المشرع اعتبر الحائز بائعا للعقار ، وأن الراسي عليه المزارع يتلقى عنه الملكية . وقد فصلنا النتائج المترتبة على هذا التصوير ، وأخصها أن الحائز يختص بالزيادة التي تنبثق من الثمن بعد استيفاء حقوق الدائنين ، وأن الحقوق العينية التي يكون قرارها من قبل تسرى في مواجهة الراسي عليه المزارع ، بشرط أن يكون قد تم شهرها قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) .

(١) راجع ما تقدم فقرة ١١٨ ص ٣٦٤ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ١١٠ ص ٣٢٢ .

أخيراً نشير إلى حكم يتصل بالمصروفات التي أنفقها الحائز منذ اكتسابه ملكية العقار حتى رسو مزاده على الغير . وقد جاء هذا الحكم بشأن التطهير ، ولكن المحكمة من تقريره تقتضى تعميم آثاره . ونعني بذلك ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ بقولها « ويلتزم الراسى عليه المزااد أن يرد إلى الحائز الذى نزع ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته ، وفى تسجيل هذا السند ، وفيما قام به من إعلانات وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزااد وبالمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير . »

مفاد هذا الحكم أن الراسى عليه المزااد ملزم بأن يرد للحائز ما أنفق فى سبيل تملك العقار ، كمصاريف العقد وتسجيله . وكذلك يرد له أيضاً ما أنفق فى محاولة تطهير العقار بطريقة ودية ، أو ما صرفه فى سبيل تخليته .

٣ - عمدة الحائز بالمالك السابق للعقار : فى الغالب من الأمر أن يكون المالك السابق للعقار هو المدين نفسه . ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن يكون المالك السابق شخصاً غير المدين ، مثل الكفيل العيى أو مشتري العقار من المدين .

وأيا من كان شخص المالك السابق ، فقد هياً المشرع للحائز سبيل الرجوع عليه ، مؤسساً هذا الرجوع على دعوى الضمان التى تنقرر للخاف الخاص فى مواجهة السلف (الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٠) . وتختلف أحكام هذه الدعوى حسب ما إذا كان قد تلقى الملكية معاوضة أو على سبيل التبرع . وقد بينا فى دراسة سابقة أثر هذا الاختلاف (١) . وأشارنا بصفة خاصة إلى أن الواهب لا يسأل أصلاً عن الضمان ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . أو كان هناك اتفاق على غير ذلك ، أو كانت الهبة بعوض .

٤ - عمدة الحائز بالمدين : وقد سبق تفصيلها فى دراسة قضاء الديون (٢)

(١) أنظر ما تقدم فقرة ١١٤ بشأن دعوى الضمان .

(٢) راجع ما سبق فقرة ١١٤ بشأن رجوع الحائز على المدين .

وتنبغي الإشارة هنا إلى أن هذا الرجوع تتعدد أسبابه . فهو يتضمن كل مبلغ اضطر الحائز إلى أدائه مجاوزا ما كان مستحقا في ذمته بمقتضى سند ملكيته . ويتحقق ذلك إذا قام بسداد الديون ، أو دفع مبلغا تقديريا في التطهير الاختياري أو اشترك في مزاد العقار ورسا عليه بمبلغ يزيد على ما هو مستحق في ذمته واختص الدائنون به .

تتعدد الأدوات القانونية لتيسير رجوع الحائز . فله أولا أن يستخدم الدعوى الشخصية المؤسسة على الإثراء بلا سبب ، ويقتصر الرجوع في حدود مادفعه الحائز زائدا على ما هو مستحق في ذمته .

كما أجاز المشرع أيضا ، وكما سبق البيان ، للحائز أن يستعين بدعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم (الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٠) وقد بينا في هذا الصدد أن ذلك الحلول قاصر . فهو لا يتناول الاستفادة من التأمينات التي كانت مقدمة من شخص غير المدين . كما أنه يخضع لحكم خاص بالنسبة إلى تعدد الحائزين لعقارات مرهونة لضمان الوفاء بنفس الدين . وقد وضعت المادة ٣٣١ مبدأ الرجوع هنا ، فنصت على أنه « إذا وفي حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار (١) .

(١) راجع أيضا ما سبق فقرة ١١٤ .

المطلب الثالث

انقضاء التبعية.

١٢٠ — الاموال التي قد ينقضى فيها التبعية ومدة ؛ ونفى

الأفضلية على المقابل النقدي للعقار :

اتضح لنا من دراستنا المتقدمة أن التبعية سلطة خولها المشرع للدائن المرتهن ليكفل له مباشرة الأفضلية على أوسع نطاق . وعلى هذا النحو أجاز له التنفيذ على العقار المرهون تحت يد حائزه .

والغالب من الأمر أن يترتب على انقضاء التبعية زوال الرهن أيضا . ولكن هناك بعض الأحوال يتصور بشأنها أن يحرم الدائن من مباشرة التبعية . وتبقى الأفضلية قائمة : —

١ — يعرض ذلك أولا في كافة الصور التي يهلك فيها العقار المرهون : ويستحق عنه مقابل نقدي ، كعوض التأمين أو مبلغ التعويض . هنا ينقضى التبعية لاستحالة مباشرته . ويتعلق حق الدائن المرتهن بالمقابل النقدي يستوفي منه دينه حسب المرتبة التي يخولها له قيد الرهن . .

٢ — ويتوافر انقضاء التبعية أيضا إذا نزع ملكية العقار بالمنفعة العامة ، فهنا يمتنع على الدائن تعقب العقار في مواجهة الجهة الحكومية التي باشرت اجراءات نزع الملكية ويستقر حقه على التعويض الذي يدفع في هذا الشأن .

٣ — إذا قام الحائز بسداد جميع الديون التي يضمها العقار المرهون ، خلصت له ملكية العقار محررة من الحقوق العينية التي تثقله ، وانقضى بالتالي حق التبعية بطبيعة الحال . ولكن الأفضلية قد تظل قائمة إذا أودع الحائز هذه الديون في خزانة المحكمة توطئة لتوزيعها بين الدائنين .

٤ - كذلك يكون الحال أيضا في تطهير العقار ، إذا عرض الحائز المبلغ التقديرى ولم يعارض فيه أحد ، ثم أودعه في خزانة المحكمة . حينئذ يحق لكل دائن صاحب حق مقيد ممن وجهت إليهم الإعلانات . أن يباشر الأفضلية على هذا المبلغ ، ولكن يمتنع عليه تتبع العقار .

ويصدق الحكم المتقدم في كل الصور التى يودع فيها الحائز ثمن بيع العقار بالمزاد ، في خزانة المحكمة . ويتحقق ذلك إذا مارسا عليه المزاد ، سواء كان نتيجة لرفض الدائنين المبلغ التقديرى المعروض عليهم ، أو بعد تخلية العقار أو تحمل اجراءات نزع الملكية .

الفصل الثالث

زوال الرهن الرسمي

١٢١ - أسباب زوال الرهن الرسمي :

التأمينات بصفة عامة . ومنها الرهن الرسمي ، نظم قانونية تابعة . والمدافين الحق الذي ينشأ عن الرهن يزول إما بصفة تبعية ، وذلك بانقضاء الدين الذي يضمه . وقد يزول أيضاً بصفة أصلية لأسباب تتوافر في الرهن نفسه .

وقد خصص التقنين المدني الجديد المواد ١٠٨٢ وما بعدها لانقضاء الرهن الرسمي . فعنى بتقرير تبعية زوال الرهن إذا ما انقضى الالتزام المضمون . ثم اكتفى من أسباب الزوال الأصلي ببيان آثار التطهير . سواء تم اختياراً أو بعد بيع العقار بالطريقة الجبرية . ولو تأملنا في هذه الصورة أيضاً ، لتبين لنا أنها قد تكون صدى لتبعية الرهن ، إذا تيسر للدائن المرتهن أن يستوفي دينه من المبلغ التقديرى الذى يعرضه الحائز في التطهير الاختيارى ، أو من الثمن الذى يرسو به المزاد في حالة البيع الجبرى . على أن صفة الزوال الأصلي تبرز في حالة ما إذا كانت مرتبة الدائن لا تخول له الحصول على جزء من المبلغ المعروض أو ثمن بيع العقار . عندئذ يتطهر العقار من الرهن ، ويزول بصفة أصلية رغم بقاء الدين مستحقاً في ذمة المدين .

ليست الصورة السابقة هي الوحيدة التي تزول الرهن بصفة أصلية ، بل قد يترتب هذا الأثر في صور أخرى نعى ببيانها في موضعها .

وعلى هذا النحو نتناول في هذا الفصل دراسة مبحثين : نخصص الأول لزوال الرهن الرسمي بصفة تبعية ، ونعالج في الثانى زواله بصفة أصلية .

المبحث الأول

زوال الرهن الرسمي بصفتة تبعية

١٢٢ - المبدأ العام - بحث خاص ببعض أسباب انقضاء الالتزام

نصت المادة ١٠٨٢ من التقنين المدني على ما يأتي « ينقضى حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته » .

ليست هذه المادة سوى صدى لمبدأ عام أخذ به المشرع في الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ التي تقرر « لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، مالم ينص القانون على غير ذلك » (١)

المبدأ العام الذي يستفاد من النصوص المتقدمة أن الرهن الرسمي يزول إذا انقضى الالتزام الذي يضمنه ، أي ما كان سبب هذا الانقضاء ، على أن هذا المبدأ يحتاج إلى تفصيل بالنسبة إلى بعض أسباب انقضاء الالتزام .

وقبل أن نعالج هذه الصور ، ينبغي الإشارة إلى فكرة أساسية تتصل بالانقضاء الجزئي للالتزام المضمون . فهو لا يؤثر على بقاء الرهن ، بل يظل قائماً يضمن ما تبقى من الالتزام حتى ينقضى بأكمله . وليس هذا سوى تطبيق لمبدأ عدم تجزئة الرهن الذي سبق لنا دراسته (٢) . على أن هذا المبدأ لا يقرر حكماً آمراً ، ولذا يجوز الاتفاق على خلافه ، بتحرير جزء من العقار من الرهن كلما انقضى جزء من الالتزام .

(١) راجع ما تقدم من ص ٧٢ وما بعدها .

(٢) راجع ما تقدم من ص ٧٧ وما بعدها .

وقد استجاب المشرع من ناحية أخرى لمبدأ التبعية المتقدم ، فقرر أن ظهور الالتزام من جديد لزوال سبب انقضائه ، يبعث الحياة مرة أخرى في الرهن الذي كان يضمه . مثال ذلك أن يتم الوفاء أو الإبراء من غير ذى أهلية لإجرائه ، فيتمضى بإبطاله . حينئذ يسترد الالتزام وجوده ، ويبقى الرهن ضامناً له . على أن هذه العودة اللاحقة لا ينبغي أن تضر بحقوق شخص حسن النية ، اعتمد على انقضاء الالتزام واعتقد في زوال الرهن . وعلى هذا النحو إذا تقرر على العقار حقوق عينية في الفترة بين زوال الرهن وعودته ، وتم شهرها وفقاً لما يتطلبه القانون ، جاز لأصحابها الاحتجاج بها في مواجهة الدائن المرتهن . وليس هذا الحكم سوى تعبير عن اتجاه المشرع في التقنين المدني الجديد إلى حماية حسن النية والثقة المشروعة .

على ضوء المبادئ المتقدمة نعالج بعض أسباب انقضاء الالتزام ، وأثرها على زوال الرهن ، ومنها يظهر لنا أن المشرع استجاب في غالب الأحوال ، إلى التصوير الذي ارتضاه للتأمينات على أنها نظم قانونية تابعة .

١٢٣ - الوفاء مع الحلول :

بينما في مواضع متفرقة من دراسة الرهن الرسمي أن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات (م ٣٢٩ من التقنين المدني) . وقد أورد المشرع تطبيقاً خاصاً لهذا الحل بالنسبة إلى حائز العقار المرهون ، فحرمه من التأمينات المقدمة من غير المدين ، وجعل رجوعه قاصراً بالنسبة إلى حائز لعقار آخر تقرر عليه رهن لضمان الوفاء بنفس الدين (١) .

الأصل في الوفاء أنه يترتب عليه انقضاء الالتزام ، ومن ثم ينبغي القول إذن بزوال التأمينات التي تكفلها ومن بينها الرهن .

(١) راجع ماتقدم ص ٧٥ ، وبصفة خاصة فقرة ١١٤ بشأن دعوى حلول الحائز الذي يقي بالدين محل الدائن . انظر أيضاً بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٣ فقرة ١٢١٦ .

ولكن المشرع حكم بغير ذلك إذا اقترن الوفاء بحلول اتفاقى أو قانونى .
عندئذ يزود الدائن الموفى فى رجوعه على المدين بكافة التأمينات التى تضمن
الوفاء بالالتزام .

يبدو من هذا الحكم أنه خروج عن مبدأ التبعية لأن الرهن يبقى ، والالتزام
ينقضى بالوفاء . ولكن الواقع أن الوفاء مع الحلول أداة قانونية مركبة ،
اقتضت من المشرع أن يجرده من آثار الوفاء البسيط لما يتميز به من طبيعة
خاصة . فالدائن الموفى إذ يقبل على أداء الالتزام يعنى إنهاء الرابطة بين المدين
والدائن الأصيل ، ولكنه يحرص على احتلال مركز ذلك الدائن على نحو يؤمن
له رجوعه على المدين . ومن ثم يكون الحلول معاصراً للوفاء ، بحيث يمكن
القول إن بقاء التأمينات يتضمن استجابة لفكرة التبعية .

١٢٤ - التجديد :

يترتب على التجديد أثر مزدوج ، فهو يفضى إلى انقضاء الالتزام القديم ،
وإنشاء التزام جديد مكانه . والتجديد قد ينصرف إلى أطراف الرابطة القانونية
فيغير شخص الدائن أو المدين ، وقد ينصب على محل الالتزام فيلزم المدين
بأداء آخر غير الذى تعهد به أصلاً ، أو يلحق مصدر هذه الرابطة كأن يستبقى
مثلاً دين الأجرة على سبيل القرض .

وأياً ما كانت صورة التجديد ، فالأثر المترتب عليه هو انقضاء التأمينات
التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام القديم ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك ،
أو انصرفت نية المتعاقدين إلى نقل التأمينات لضمان الوفاء بالالتزام الجديد
(م ٣٥٦ / ٢ مدنى) .

الأصل إذن هو الاستجابة إلى مبدأ التبعية فيزول الرهن بتجديد الالتزام .
ولكن هذا الأصل يلحقه الاستثناء حيث يرد نص فى القانون يبقى على التأمينات
رغم وقوع التجديد . من ذلك ما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ التى

تقضى بأنه « لا يكون تجديدا مجرد تقييد الالتزام في حساب جار وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » (١)

كذلك أيضا أجاز المشرع الاتفاق على نقل التأمينات التي كانت تكفل الوفاء بالالتزام القديم لضمان تنفيذ الالتزام. وجاء النص على حكم مثل هذا الاتفاق في المادة ٣٥٧، ٣٥٨. وفي هذا الشأن تجب التفرقة بين التأمينات العينية التي يقدمها المدين نفسه كالرهن ، وبين التأمينات العينية أو الشخصية التي يقدمها الغير كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن . وسنعي فيما يلي بدراسة

(١) راجع ما تقدم في دراسة الحساب الجارى فقرة ٩٧ . وانظر أيضا على جمال الدين عوض « عمليات البنوك من الوجهة القانونية » فقرة ١٦٢ .

يستفاد من هذا النص أن مجرد تقييد الالتزام في حساب جار لا يكون تجديدا لهذا الالتزام. وعلة ذلك أن التجديد يقتضى حلول التزام جديد محل التزام قديم . ومجرد ادراج الالتزام في الحساب الجارى قبل قطع رصيد الحساب لا ينشئ التزاما جديدا حتى يقال إنه حل محل الالتزام المقيّد . ولئن كان الالتزام المدرج في الحساب الجارى لا ينقضى بالتجديد ، فهو يفقد ذاتيته ويفنى في الكيان الخاص للحساب الجارى . وهو يتميز في مرحلة التقييد بأنه لا يرتب حقا أو التزاما بالحساب مادام جاريا لا تثبت فيه مديونية محققة ولا دائنية محققة . بل إن الحق لا ينشأ ، وبالتالي المطالبة به لا تجوز إلا عند إغلاق الحساب واستخلاص الرصيد وإقراره .

وبذلك يمكن القول أن الالتزام الذى يدرج في الحساب الجارى ينقضى دون أن يتم تجديده ، والذى يمثله في الحساب هو عنصر حسابي يشير إلى تقييده في جانب المديونية أو الدائنية . ويبقى هذا العنصر قائما في الكيان الخاص للحساب الجارى في الفترة الواقعة بين انقضاء الالتزام بتقييده ، وحصول التجديد بقطع الرصيد وإقراره .

وكان ينبغى القول إذا كان الالتزام مضمونا بتأمين خاص كالرهن ، بزوال هذا التأمين تبعا لانقضاء الالتزام وبمجرد تقييده . ولكن نص المادة ٣٥٥ صريح في بقاء التأمين ضامنا للالتزام المتخلف عن قطع الرصيد وإقراره ، على أن للأفراد الاتفاق على غير ذلك ، إما في عقد الحساب ذاته ، وعندئذ يشمل كافة الالتزامات المضمونة التي يتم ادراجها فيه ، وإما بالنسبة لدين معين بالذات .

راجع في هذا الشأن استاذنا السهورى الوسيط ج ٢ فقرة ٤٩٨ — على جمال الدين عوض المرجع السابق فقرة ١٦٢ وما بعدها .

كل فرض على انفراد ، مع إطلاق القول على التأمينات بصفة عامة (١) ، وهو ما يصدق أيضا بطبيعة الحال على الرهن بصفة خاصة .

١ - التأمينات العينية التي يقدمها المدين : الأصل في هذه التأمينات هو وجوب زوالها تبعا لانقضاء الالتزام الذي تضمنه بالتجديد . ولكن المشرع أجاز الاتفاق على نقلها لضمان الالتزام الجديد ، مع بقاء المرتبة القديمة التي كانت مقررة لها وفقاً لأحكام الشهر . وقد راعى المشرع في جواز انتقال التأمين بهذه المثابة مصلحة الدائن بصفة خاصة . إذ يبقى الضمان الخاص المقدم من المدين قائماً بمرتبته الأولى . ولعل مثل هذا الحكم هو الذي يغري الدائن بالرضاء بالتجديد . ولا يجوز للمدين أن يتذر من هذا الانتقال ، فهو لا يضيف عليه تكليفاً جديداً ، فهو الذي قرر أصلاً الضمان الخاص للدائن . أما الغير فقد تكفل المشرع بحمايته ، فقضى في المادة ٣٥٧/٣ ، بأن الاتفاق على نقل التأمينات العينية لا ينفذ في حق الغير إلا إذا تم في تاريخ معاصر لوقوع التجديد . وعلى هذا النحو يلزم لنفاذه أن يرد في ورقة ثابتة التاريخ ، حتى يتحقق الغير من أن نقل التأمين لم يقع في تاريخ لاحق على التجديد . ويجب طبقاً لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري التأشير في هامش قيد التأمين العيني العقاري بما يفيد التجديد وانتقال التأمين .

كما روعي أيضاً في التجديد بتغيير الدين عدم جواز الاضرار بالغير بسبب انتقال التأمين (م ٣٥٧/١ ب) . وبذلك لا يجوز أن يتضمن التأمين من الالتزام الجديد إلا بقدر الالتزام القديم . فإذا كان الالتزام الجديد أكبر قيمة

(١) وغنى عن البيان أن المقصود بالتأمينات المقدمة من المدين هي الضمانات الخاصة الاتفاقية ، وهي لا تصدق إلا على الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي . أما حقوق الامتياز فهي احتكار من جانب المشرع لا يجوز لارادة الأفراد الاتفاق على نقلها من دين إلى آخر . وكذلك أيضاً لا يصح الاتفاق على نقل الاختصاص ، فهو تأمين قضائي ينفرد القاضي بتقريره بتوافر شروط خاصة . وهو مأخوذ به في حدود ضيقة في التشريع المصري ، بحيث ينبغي استبعاده من نطاق تطبيق المادة ٣٥٧ التي تقتصر على التأمينات العينية المقدمة من المدين . راجع السهوري الوسيط ج ٢ فقرة ٥٩٦ .

من الالتزام الزائل ، وضمن التأمين الالتزام الجديد كله ، لترتب على ذلك الاضرار بدائن آخر صاحب مرتبة متأخرة على التأمين ذاته . إذ يفاجأ بزيادة في قدر الالتزام المضمون الذي يحتل مرتبة سابقة عليه (١) .

أما عن طريقة الاتفاق على نقل التأمينات من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد فذلك يختلف باختلاف صور التجديد (م ٣٥٧ مدني) . فإذا كان التجديد بتغيير الدين ، فهنا يجوز للدائن والمدين الاتفاق على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضررا بالغير ، على النحو السابق بيانه .

وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فهنا يحق للدائن والمدين الجديد الاتفاق على استبقاء التأمين الاتفاقي المقدم من المدين القديم دون حاجه إلى رضائه . ويلاحظ أن هذا المدين يصبح بهذه المثابة في مركز الكفيل العيني .

وأخيرا إذا كان التجديد بتغيير شخص الدائن ، فهنا يصح الاتفاق إذا تراضى المدين ودائنه القديم والجديد على الاحتفاظ بالتأمين .

٢ - التأمينات الشخصية والعينية المقدمة من الغير : والغير قد يكون كفيلًا عينيًا أو كفيلًا شخصيًا أو مدينًا متضامنا كما مضت الإشارة .

وفي كافة الأحوال المتقدمة لا يصح الاتفاق على نقل التأمين إلا إذا كان برضاء الغير الذي يكفل الوفاء بالالتزام شخصيًا أو في نطاق المال الذي تقرر عليه الضمان (٢) .

(١) فإذا كان الدين القديم قدره ٢٠٠٠ جنيه مثلا وكان مضمونا برهن على عقار قيمته ٣٠٠٠ جنيه ثم جدد الدين الأول وكان مقدار الدين الجديد ٣٠٠٠ جنيه فإن الاتفاق على نقل الرهن لا يتجاوز مبلغ الدين القديم ، إذا كان العقار مرهونا لدائن آخر لضمان الوفاء بمبلغ ١٠٠٠ جنيه والقول بغير ذلك يقضى إلى الاضرار بالدائن المرتهن الثاني .

(٢) انظر في تفصيل هذا الحكم السهري الوسيط ج ٢ فقرة ٥٠٨ .

١٢٥ - الوفاء بمقابل :

تنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدني على أنه إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء . مثال ذلك أن يكون المدين ملتزماً بدفع مبلغ من النقود ، فيقدم بدلاً منه شيئاً معيناً ينقل ملكيته للدائن ، وتسمى هذه الصورة للانقضاء بالاعتياض ، لأن الدائن يستعوض عن الأداء الأصلي بأداء آخر يقدمه المدين .

ويذهب جمهور الشراح (١) إلى تصوير هذا الانقضاء ، على أنه أداة قانونية مركبة ، تتضمن تجديداً للالتزام بتغير محله . ولكنها تتميز عن التجديد العادي بأنها تقترن بوفاء عاجل للالتزام الجديد .

وتظهر أهمية هذا التصوير في الحالة التي يستحق فيها المقابل الذي قدمه المدين عوضاً عن أداة الأصل . مثال ذلك أن يكون الشيء الذي أعطاه المدين لدائنه مملوكاً للغير . لو قلنا بأننا بصدد وفاء بسيط ، لوجب الحكم بأن التزام المدين بدفع مبلغ من النقود لم ينقض ، وأن الدائن له أن يطالب به بما كان يكفله من تأمينات .

أما القول بأن الوفاء بمقابل يتضمن تجديداً للالتزام ، فيفضي إلى انقضاء الالتزام القديم بما كان يكفله من تأمينات ، ويحل محله الالتزام الجديد . وإذا استحق الشيء المقابل ، فليس لذلك أثر على زوال التأمينات ، فلا يعود الرهن الذي يضمن الوفاء بدين النقود إلى الظهور مرة أخرى .

على أنه يلاحظ في هذا الصدد ، أن التسليم بالتصوير المتقدم ، يقتضي أيضاً أن يكون الالتزام الجديد صحيحاً ، فإذا وقع باطلاً وجب القول بالابقاء على الالتزام القديم .

(١) انظر مارت فورنييه انسكلوبيدي دالوز ج ١ ص ٢ .

اتخذ التقنين المدني الجديد حلا وسطاً، فاستجاب إلى فكرة أن الوفاء بمقابل هو تجديد للالتزام بتغيير محله . وعبر عن ذلك بتطبيق أحكام البيع إذا كان الوفاء بمقابل ينقل ملكية شيء بدلاً من الدين . وعلى هذا النحو إذا استحق هذا الشيء . فليس للدائن أن يطالب بدينه القديم ، وإنما له أن يرجع على المدين بمقتضى قواعد دعوى الاستحقاق في عقد البيع .

ولكنه من ناحية أخرى أخضع الوفاء بمقابل من حيث انقضاء التأمينات إلى أحكام الوفاء البسيط (م ٣٥١) . وهذا الحكم يقتضى أن التأمين لا يزول إذا كان الوفاء بشيء لا يملكه المدين ، لأنه يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى وفى به (١) . وتطبيقاً لذلك ، إذا استحق الشيء الذى ارتضاه الدائن عوضاً عن دين النقود ، يظل الرهن الذى كان ضامناً للوفاء بهذا المبلغ ، يكفل الوفاء بالتعويض الذى يلتزم به المدين نتيجة لاستحقاق الشيء وتطبيقاً لأحكام البيع (٢) .

يتضح مما تقدم أن الوفاء بمقابل يخضع لتنظيم قانونى مركب ، ينتزع أحكامه من قواعد التجديد والبيع والوفاء .

١٢٦ - المقاصة:

إذا توافرت شروط المقاصة القانونية، وتمسك بها صاحب المصلحة، انقضى

(١) يتجه الفقه السائد إلى تطبيق قواعد التجديد على الوفاء بمقابل بالنسبة إلى زوال التأمينات . وعلى هذا النحو إذا استحق الشيء الذى أداه المدين عوضاً عن دين النقود ، فلا يعود الرهن الذى كان ضامناً للوفاء به . راجع ريبير وبولانجيه ج ١ فقرة ٤٠١٥ - انسكلوبيدى دالوز المرجع السابق فقرة ٢٢ - السهورى الوسيط ج ٢ ص ٨٠٤ .

(٢) يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع بنص صريح قد أعفى الكفيل الشخصى من التزامه إذا قام المدين بناء على رضا الدائن بأداء شيء آخر مقابل الدين حتى ولو استحق هذا الشيء (م ٧٨٣ من التقنين المدني) .

الالتزام بقوة القانون ، وينعكس هذا الأثر على الرهن الذي كان يضمه فيزيله أيضاً .

ولكن تثور الصعوبة إذا قام المدين بوفاء الدين بعد ثبوت حقه في المقاصة . هنا يعرض التساؤل هل يظل الرهن الذي كان ضامناً لحق المدين قائماً يكفل الوفاء به ، أم يقال أن الرهن قد زال بانقضاء الحق الذي كان يضمه ، رغم عدم تمسك صاحبه بالمقاصة .

تجيب المادة ٣٦٩ عن هذا التساؤل بالنص الآتي «إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك بإضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق» .

يعالج هذا النص فرضين تنبغى التفرقة بينهما :

١ - الموفى يجهل وقت وفاء الدين أن له حقاً في ذمة دائنه : هنا لا ذنب للمدين في عدم التمسك بالمقاصة ، لأنه لم يكن على علم بوجود حقه . وعلى هذا النحو إذا كان ذلك الحق مضموناً برهن ، يبقى هذا الرهن قائماً . وبذلك يستطيع الموفى أن ينفذ على العقار المرهون لاستيفاء حقه . ولا يحق للغير (كدائن مرتهن آخر) أن يحتج في مواجهة الموفى بأن الرهن قد زال ، وذلك رعاية من المشرع للمدين حسن النية (١) .

٢ - الموفى يعلم وقت وفاء الدين أن له حقاً في ذمة دائنه : يختلف الحكم

(١) تعرض هذه الصورة في مثال عمل على النحو الآتي : (أ) مدين إلى (ب) بمبلغ ١٠٠ جنيه ، ولكنه يجهل أن له حقاً يمثل هذا المبلغ ، وأن هذا الحق مضمون برهن مقرر على عقار من عقارات (ب) . قام (أ) بسداد ماعليه ، ثم علم باستحقاقه مبلغ ١٠٠ جنيه في ذمة (ب) . يحق له حينئذ أن يتمسك ببقاء الرهن والتنفيذ على العقار ضامناً للوفاء بهذا المبلغ ، ولا يجوز لدائن آخر ارتهن العقار من (ب) وقيد حقه في تاريخ لاحق ، أن يمنع من ذلك بحجة أنه كان في وسعه التمسك بالمقاصة .

هنا عن الحالة السابقة . ذلك أن الوفاء بدين للغير ، رغم علم المدين بوجود حق له يجيز له التمسك بالمقاصة ، يعتبر بمثابة تنازل عنها . وعلى هذا النحو إذا أراد الموفى أن يطالب بحقه ، فليس له أن يتغذ على العقار المرهون إضراراً بالغير . فيجوز لكل دائن مرتين للعقار ، ومتأخر عنه في المرتبة أن يحرمه من ذلك (١) . وهذا هو ما تعنيه المادة ٣٦٩ بقولها «إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطالب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق» .

نخلص مما تقدم أن الرهن لا يزول تبعاً لانقضاء الدين بالمقاصة ، إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة فيها . فإذا لم يتمسك بها ، رغم عامه بتوافر شروطها ، امتنع عليه الاحتجاج بالرهن إضراراً بالغير . أما إذا جهل وجودها ، جاز له التنفيذ على العقار المرهون حسب المرتبة التى يحولها له قيد الرهن .

هذه هى بعض أسباب انقضاء الالتزام التى آثرناها ببعض التفصيل : نظراً لما تتميز به من أحكام خاصة عنى المشرع بيانها فى النصوص المتقدمة .

(١) تطبيقاً لهذه الفكرة إذا كان (١) (المثال الوارد فى الهامش السابق) يعلم باستحقاقه مبلغ ١٠٠٠ جنيه فى مواجهة (ب) ، جاز للدائن المرتين للعقار أن يمنع من التمسك بمرتبة الرهن القديمة .

المبحث الثاني

(زوال الرهن الرسمي بصفة أصلية)

١٢٧ - تعدد أسباب زوال الرهن بصفة أصلية :

قد ينقضى الرهن الرسمي بتنازل الدائن المرتهن عنه ، مع عدم إبراء المدين من الالتزام الذي يضمنه . وقد يزول أيضاً في بعض الأحوال بهلاك العقار المرهون ويترتب هذا الأثر بصفة خاصة في حالة تطهير العقار ، وقد أثارت بين فقهاء قانون المرافعات جدلاً إذا كان التطهير ناتجاً عن بيع العقار بالمزاد . أخيراً قد ينقضى الرهن بتملك الدائن المرتهن للعقار المرهون ؛ حينئذ يصدق عليه وصف الحائز ولا يتصور أن ينفذ على عقاره . على أن المشرع يبعث الحياة من جديد في هذا الحق إذا شرع دائن مرتهن آخر في التنفيذ على العقار ، ورساً مزاده على غير الحائز .

سنعني فيما يلي بدراسة هذه الأسباب المتعددة ، مع مراعاة أن تفصيل كثير من أحكامها جاء من قبل في مواضع متفرقة خصصت لبحث كل منها .

١٢٨ - التنازل عن الرهن :

التنازل عن الرهن عمل قانوني يصدر من الدائن المرتهن . يزول بمقتضاه الحق العيني التبعي المقرر على العقار . وهو لا يمس الالتزام المضمون ، بل ينصب فقط على الضمان الخاص الذي يكفله . وهو يختلف أيضاً عن تنازل الدائن عن مرتبة الرهن لأن هذا التنازل الأخير يقتصر أثره على تخلي الدائن عن المركز المفضل الذي تخوله له مرتبة القيد ، لصالح دائن مرتهن آخر . ولكن الرهن يظل قائماً ، فيجوز إجراء قيده مرة أخرى ، وتحتسب مرتبته منسند تاريخ إجراء هذا القيد الأخير .

يلزم لوقوع هذا التنازل صحيحاً أن تتوافر لدى الدائن المرتهن الأهلية اللازمة للإبراء من الدين . وقد عبر المشرع عن هذا الحكم صراحة بالنسبة إلى التنازل عن الرهن الحيازي (المادة ١١١٣ من التقنين المدني) .

ولا يشترط أن يكون التنازل صريحاً ، بل يجوز أن يستفاد ضمناً من ظروف ينفرد القاضى بتقديرها . على أنه ينبغي أن تكون هذه الظروف دلالة قاطعة في الإفصاح عن نية الدائن في التنازل عن الرهن . من ذلك مثلاً أن يشترك الدائن المرتهن في التوقيع على عقد البيع كضامن لحاو العقار من الحقوق والتكاليف العينية . ولكن لا يكفي هذا التوقيع إذا تم بوصف أن الدائن مجرد شاهد في إبرام العقد (١) . ومن صور التنازل الضمني أيضاً الحكم الذي جاء في المادة ٣١٨ من تقنين التجارة ، ومقتضاه أن اشتراك الدائن المرتهن مع الدائنين الآخرين في تبادل الرأي بشأن الصلح مع التاجر المفلس ، يعد تنازلاً عن الرهن حتى ولو لم يتم الصلح .

التنازل عن الرهن على النحو المتقدم تعبير منفرد عن إرادة الدائن ، وهو بهذه المثابة ملزم له بمجرد اتصاله بعلم المدين . ذلك أن هذا التصرف قانوني يتمثل في تنازل عن حق عيني ، ومن ثم يجوز لصاحبه أن يفهم الصلة التي تربطه بمحل الحق فتدخل له الاستثناء به (٢) .

١٢٩ - هلاك العقار :

إذا اقتصر الرهن على منشآت مشيدة على الأرض ، وهاكت هذه المباني ، فالأصل بطبيعة الحال هو زوال الرهن لهلاك محله . حينئذ تتحرر الأرض من

(١) بلائيول وريبير وبيكيه ج ١٣ ص ٧١٩ فقرة ١٢٢٣ .

(٢) انظر مقال بييررينو « التنازل عن الحق » في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٦ ص

٧٦٣ وما بعدها ، وبصفة خاصة بند ١٦ .

الرهن الذى كان يثقل المنشآت التى أقيمت عليها ، ولا يغير من ذلك أن يشيد محلها منشآت أخرى (١) .

أما إذا كان الرهن وارداً على الأرض ، فهو يمتد بحكم القانون إلى ملحقاتها وبصفة خاصة إلى كافة التحسينات والإنشآت التى تضاف إليها (٢) . فإذا هلكت هذه المنشآت أو بعض منها ، بقى الرهن قائماً كما كان على الأرض ، وخضع هذا الهلاك الجزئى للأحكام التى أوردتها المشرع بشأن إضعاف التأمينات أو الانقاص منها (المادة ١٠٤٨ من التقنين المدنى) .

على أن هلاك العقار على النحو المتقدم يقتضى الإشارة إلى ملاحظتين سبق تفصيل كل منها فى موضع دراستها :-

١ - إذا استحق عن هذا الهلاك مقابل نقدى كعوض التأمين ومبلغ التعويض تعلق به حق الدائن المرتهن بنص القانون (٣) . وعلى هذا النحو تظل الأفضلية قائمة بعد زوال الرهن ، وهى السلطة الأساسية التى تخول للدائن المرتهن أن يفضل غيره من الدائنين . ويخضع أيضاً للحكم المتقدم نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . إذ يتعلق حق الدائن بالتعويض المستحق عنه . وليست هذه الصورة الأخيرة هلاكاً مادياً للعقار ، ولكنها بمثابة هلاك قانونى يتم بخلع صفة الأموال العامة عليه ، وهى بحكم القانون يمتنع الحجز عليها .

٢ - إذا لم يستحق عن هلاك العقار أى مقابل نقدى يستوفى منه الدائن حقه ، خضع هذا الهلاك للحكم الذى جاء به المشرع فى المادة ١٠٤٨ . وخلاصتها أن الخيار يترك للدائن ، إذا هلك العقار أو تلف بخطأ المدين ، بين

(١) فى هذه الحالة يلزم لانتقال الرهن أن يرد نص خاص فى القانون يقرر الحلول العينية بانتقال محصل الرهن من العقار الذى تقرر عليه إلى العقار الجديد . راجع ما تقدم ص ٢٨٧ هامش ١ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٥٣ .

(٣) انظر ما سبق بيانه فقرة ٩٣ .

إسقاط الأجل المقترن بالالتزام ، أو اقتضاء تأمين كاف يكفل الوفاء به في موعد استحقاقه الأصلي . أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يده للمدين فيه ، فالخيار يترك له هذه المرة . إما أن يقدم للدائن تأميناً جديداً يعوضه ما خسره بهلاك العقار ، أو يوفى بالدين فوراً . فاذا تخير وفاء الدين ، وجب خصم الفوائد بالسعر الاتفاقى أو القانونى التى تستحق خلال الفترة بين هذا الوفاء العاجل وتاريخ الاستحقاق الأصلي للوفاء .

١٣٠ - تطهير العقار :

يتحرر العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه ، إما بالتطهير الاختيارى وذلك بإتباع الإجراءات التى رسمها التقنين المدنى وسبق بيانها ، أو بحكم القانون إذا بيع العقار بيعاً جبرياً ، ورسا مزاده وسجل حكم مرسى المزايد . ويتم التطهير الاختيارى إذا عرض حائز العقار المرهون مبلغاً تقديرياً يعبر عن قيمة العقار ، فقبله الدائنون إما صراحة أو ضمناً على النحو الذى تقدم بيانه (١) . ولعل أهم حكم جدير بالذكر فى بحثنا الحالى أن الحقوق العينية التبعية لاتزول عن العقار إلا إذا دفع الحائز المبلغ المعروف للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء ديونهم منه ، أو إذا أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة . وفى الصورة الأخيرة تتخلف سلطة المتبع فلا يحق للدائن التنفيذ على العقار ، ولكن تبقى الأفضلية قائمة حتى يتم توزيع هذا المبلغ .

أما إذا طرح العقار للبيع بالمزاد بالطريقة الجبرية ، فهنا يخضع التطهير أيضاً لحكم مماثل ، جاء ذكره فى المادة ١٠٨٤ من التقنين التى تنص على ما يأتى «إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلنى سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم إليه العقار عند التخليّة ، فإن

(١) انظر ما سبق فقرة ١١٥ .

حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .
يستفاد من حكم هذه المادة أن العقار لا يتطهر من الرهن المقرر عليه إلا بإيداع الثمن أو دفعه للدائنين . وفي هذا الصدد يدب الخلاف بين فقهاء قانون المرافعات .

فاتجه مذهب من الفقه إلى القول بأن التطهير يقع بمجرد تسجيل حكم مرسى المزاد أو التأشير به (إذا رسا المزاد على الحائز) (١) ، ولا يشترط لتمامه إيداع الثمن أو دفعه للدائنين . ويستند هذا الاتجاه إلى نص المادة ٦٩٠ من تقنين المرافعات التي يستفاد منها صراحة أن تسجيل حكم مرسى المزاد يطهر العقار ، وإلى أن حق الدائن في أداء الثمن يكفله أن في استطاعته إعادة بيع العقار على مسئولية المشتري المتخلف (م ٤٩٦ مرافعات) . وفي هذه الحالة لا يحتج على الدائن بالتصرفات التي يكون المشتري المتخلف قد أجراها . وبعبارة أخرى لا يلتزم الدائن بمباشرة حق الن تبع في مواجهة من تلقى ملكية العقار من المشتري المتخلف عن أداء الثمن (٢) .

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب الأخذ بالحكم الذي أتت به المادة ١٠٨٤ من التقنين المدني ، فلا يتطهر العقار من الرهن إلا بدفع الثمن أو إيداعه خزانة المحكمة (٢) .

(١) تنص المادة ٦٨٨ من تقنين المرافعات على أنه « إذا رسا مزاد العقار على الحائز لا يكون تسجيل حكم مرسى المزاد واجبا ويؤثر بالحكم في هامش تسجيل السند الذي تملك بمقتضاه العقار أصلا ، وفي هامش تسجيل إنذار الحائز . »
(٢) أنظر في تفصيل حجاج هذا الفقه استاذنا المغفور له الدكتور محمد حامد فهمي ص ٤٣٢ وما بعدها ، ويشير بصفة خاصة إلى أهم المراجع التي تؤيد هذا الاتجاه . ويراعى أن هذا الفقه قد يدعمه أيضا الحكم الوارد في ٤٤ شهر عقارى الذي يقرر عدم لزوم تجديد القيد بعد بيع العقار جبرا وانقضاء ميعاد زيادة العشر . اذ يستفاد منه أن عدم تجديد القيد معناه أن العقار قد تطهر من الرهن برسو المزاد . راجع ما تقدم ص ٢٠٠ وبصفة خاصة هامش ٢ في التعليق على هذه الحجة .

(٣) أنظر احمد أبو الوفا ص ٦١٣ فقرة ٣٧٣ وما بعدها .

ويبدو لنا أن الأحكام التي أتى بها تقنين المرافعات تستجيب إلى هذا الرأي الأخير ، فهي لا تعتد بتصرفات الراسي عليه المزاو إذا لم يكن دفع الثمن أو أودعه ، بل وتجزز إعادة البيع على مسئوليته باختصاصه وحده دون خلفائه (م ٦٩٦ مرافعات) . ويستفاد من ذلك أن حق الراهن لازال قائماً ، وأن الدائن المرتهن (بل وكل دائن آخر كان طرفاً في إجراءات التنفيذ) له أن يطالب إعادة البيع على مسئولية المشتري المتخلف عن أداء الثمن .

ولعل التحليل الذي يستجيب إلى الواقع في هذا الوضع المتقدم يفضي إلى القول بأن الرهن يبقى قائماً ما دام الراسي عليه المزاو لم يدفع الثمن . ولكن المشرع تيسيراً للأمر على الدائن أعفاه من تتبع العقار في مواجهة المشتري الجديد ، واصطنع أداة قانونية من شأنها إعادة البيع على مسئولية المشتري المتخلف ، حتى يكفل له مباشرة الأفضلية التي ينحولها له الرهن .

أخيراً يلاحظ أن زوال الرهن على النحو المتقدم ، لا يتم إلا إذا كان الدائن قد باشر إجراءات التنفيذ بنفسه ، أو أخطر بإيداع قائمة شروط البيع وبتاريخ جلسته (وفقاً لما جاء في المواد ٦٣٢ ، ٦٣٣ ، ٦٥٧ مرافعات) . على أن الدائن الذي لم يخطر بإيداع قائمة شروط البيع وبتاريخ جلسته ، لا يجوز له الاحتجاج بعدم سريان إجراءات التنفيذ في مواجهته ، إلا إذا كان البيع قد تم بشروط تضر بحقه . حينئذ تتوافر مصلحته في إعادة الحجز وتقديم قائمة جديدة بشروط البيع على نحو يحافظ به على حقه .

أما إذا اقتصر اعتراض الدائن على مجرد حرمانه من رسو مزاو العقار عليه ، فهنا حكم تقنين المرافعات بالإبقاء على كافة الإجراءات التي اتخذت من قبل ، واكتفى فقط بتمكين الدائن من الاشتراك في مزاو جديد ، يتم بناء على تقريره بزيادة العشر (م ٦٩١ من تقنين المرافعات) .

وقد أراد المشرع أن يحدد النطاق الزمني لهذا الوضع القلق ، فأسقط حق الدائن في الزيادة بالعشر وباتمسك بعدم نفاذ إجراءات البيع إذا مضت ثلاث

سنوات من تاريخ تسجيل حكم مرسى المزاد أو التأشير به (في حالة رسوه على الحائز) . وعلى هذا النحو إذا انقضت هذه المدة دون أن يتحرك الدائن ، تظهر العقار من رهنه بصفة نهائية (م ٦٩١ / ٣ مرافعات) .

١٣١ - تملك الدائن للعقار المرهون :

يزول حق الدائن المرتهن بطبيعة الحال إذا تلقى ملكية العقار المرهون الذى يضمن الوفاء بدينه . على أنه يلاحظ فى هذا الشأن أن اكتساب هذه الملكية قد يضمن على الدائن صفة الحائز ، وهو بهذا الوصف يتعرض للتنفيذ على العقار من جانب أى دائن آخر مزود بتأمين عيني خاص .

وقد بينا فى دراسة سابقة أن الحائز يحق له الاشتراك فى مزاد بيع العقار ، فإذا رسا على غيره ارتدت له كافة الحقوق العينية التى كانت مقررة له من قبل . وتطبيقاً لهذا الحكم يبعث حق الرهن من جديد ، ويجوز للدائن المرتهن (وهو حائز العقار) أن يشترك فى توزيع ثمنه حسب المرتبة التى كان يخولها له حق الرهن . وجدير بالذكر هنا أن الاحتياط الذى ينبغى على الحائز اتخاذه ، هو المثابرة على تجديد قيد الرهن حتى يظل محتفظاً بمرتبته (١) .

١٣٢ - الرهن لا يزول فى القانون المصرى بالتقادم :

من المسلمات التى استجاب اليها التقنين المصرى أن الرهن لا ينتضى مادام الدائن لم يستوف دينه ، وأن العقار المرهون لا يزال مملوكاً للراهن .

ولكن أثر البحث فى الصورة التى ينتقل فيها العقار إلى يد الغير ، فيصدق عليه وصف الحائز بالشروط التى سبق بيانها (٢) .

(١) راجع ما تقدم ص ١١٨ فى رسو المزاد على غير الحائز وانظر مجموعة الأعمال التوضيرية

ج ٧ ص ١٤٤ .

(٢) راجع ما سبق فقرة ١٠٩ .

قرر المشرع الفرنسي في هذا الشأن (المادة ٢١٨٠/٣) أن الرهن الرسمي يزول بمضى المدة إذا انتقل العقار الى يد الحائز ، وذلك بالشروط الواجب توافرها لاكتساب ملكية العقارات بالتقادم . وقد تحير الفقه في تكييف طبيعة هذا الزوال (١) . واتجه الرأي الراجح الى أنه مزيج من أحكام التقادم المكسب ، والتقادم المسقط . فهو ينتزع من الأول شروط توافره ، وهو يتفق مع الثاني من حيث آثاره . وأيا ما كان الأمر في طبيعته ، فهو زوال يتعرض لنقد لاذع من الفقه المعاصر في فرنسا ، ولا سيما بعد أن استقرت نظم الشهر ، وتوافرت العلانية لحقوق الدائنين المرتهنين ، على نحو يجعل الحائز في مأمن من أن يتلقى ملكية العقار دون أن يكون على علم بكافة ما يشغله من تكاليف وحقوق عينية (٢)

لهذه الاعتبارات المتقدمة ينبغي أن نسجل بالتقدير ، جهد بعض أعضاء لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ ، الذي أفضى الى حذف نص جاء في مشروع القانون المدني كان يقضى بسقوط دعوى الرهن بالتقادم . وعلى هذا النحو صدر القانون الجديد حالياً من تقرير هذا الحكم (٣)

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٣٢٦ وما بعدها .

(٢) وينقضى الرهن بحيازة العقار المدة اللازمة لملكه بالتقادم القصير إذا كان الحائز حسن النية وتوافر لديه السبب الصحيح أو المدة الطويلة إذا كان الحائز سيئ النية أو تخلف لديه السبب الصحيح . انظر بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق فقرة ١٣٢٦ وما بعدها .

(٣) نصت المادة ١١٨٧ من المشروع النهائي على أنه « لا ينقضى الرهن الرسمي بالتقادم مستقلاً عن الدين المضمون - ومع ذلك إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإن دعوى الرهن بالنسبة إليه تسقط بالتقادم إذا لم يرفعها عليه الدائن المرتهن في خلال خمسة عشرة سنة تبدأ من وقت تمكنه من رفعها . وينقطع التقادم بانذار الدفع أو التخلي » . ثم اقترح بعض حضرات مستشاري النقض في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذف الفقرة الثانية من هذه المادة (وهي التي تنقضى بسقوط دعوى الرهن بالتقادم) .

وبذلك يمكن القول إن الرهن لا يزول ، مهما طالبت بمبته ، إذا انتقلت ملكية العقار إلى يد الحائز .

« وأخيرا قررت اللجنة حذف المادة بأكملها وجاء ما يلي في ملحق تقريرها « اقترح حذف الفقرة الثانية من م ١٠٨٧ بسبب ماوجه إلى تغييرها في القانون الفرنسي من نقد . وقد رأت اللجنة أن الأخذ بهذا الاقتراح يستتبع حذف الفقرة الأولى أيضا فقررت حذف المادة بفقرتيها اكتفاء بالقواعد العامة » . مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٤٩ وما بعدها .

الباب الثاني

حق الاختصاص

١٣٣ - تعريف الاختصاص - الدائن يكتسب بأمر القاضى هنا عيناً

تبعياً على عقار مملوك للمدين :

الاختصاص نظام من النظم القانونية للتأمينات العينية تهدف أيضاً إلى إثبات الدائن بمركز يفضل به غيره من الدائنين . وهو يتفق مع الرهن الرسمي في اتحاد الأداة القانونية التي ترمى إلى إدراك هذا الهدف ، إذ يزود الدائن بحق عيني تبعي على عقار أو عقارات معينة بالذات مملوكة للمدين . وعلى هذا النحو يستطيع الدائن أن يستوفي دينه من المقابل النقدي للعقار الذي تقرر عليه الاختصاص ، متقدماً على سائر الدائنين العاديين ، والدائنين التاليين له في المرتبة حسب المرتبة التي يخولها له إجراء القيد .

هذه الأفضلية التي يزود بها الدائن صاحب الاختصاص تنطلق آثارها فيجوز له أن يباشرها حتى ولو انتقل العقار إلى يد الغير . وبعبارة أخرى نجد أن حق الدائن صاحب الاختصاص يخول له كافة السلطات التي يكتسبها الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، بما تتضمن من أفضلية وتبع .

هكذا يتفق الاختصاص مع الرهن الرسمي في اتحاد الأداة القانونية التي تحقق هدف التأمين العيني . ولكن التباعد بينهما يبدو ظاهراً في مصدر هذه الأداة ، فبينما يكتسب الدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً على العقار بتعاقد يتم مع الراهن ، إذ بالاختصاص لا يكسب هذا الحق إلا بأمر من القاضى إذا ما توافرت شروط معينة ، واتخذت الاجراءات اللازمة لتقريره .

عالج المشرع المصري حق الاختصاص في الباب الثاني من الكتاب الرابع المخصص للتأمينات العينية . وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٥ ما يأتي « يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات » . وتضيف المادة ١٠٩٥ أنه « يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي . »

يستفاد من النصوص المتقدمة أن الاختصاص يكسب الدائن حقا عينيا تبعيا على غرار ما جاء في دراسة الرهن الرسمي . ولكن يظهر وجه الخلاف في مصدر اكتساب هذا الحق .

وعلى هذا النحو يمكننا تعريف الاختصاص بأنه نظام قانوني من نظم التأمينات العينية يكسب الدائن حقا عينيا تبعيا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين ، ويتحقق ذلك إذا التجأ إلى القضاء دائن حسن النية مزود بحكم واجب التنفيذ في موضوع الدعوى ، وملزم بشيء معين .

١٣٤ - تقرير نظام الاختصاص - تمارسه الاتجاهات :

نظام الاختصاص عرفه المشرع المصري في ظل القانون القديم ، وقد استمدته من نظام الرهن القضائي في القانون الفرنسي ، ولكنه جرد الاختصاص من العيوب التي أخذها الفقه في فرنسا على الرهن القضائي .

يقوم نظام الرهن القضائي في فرنسا على فكرة أساسية ، وهو أنه يتقرر بقوة القانون بالنسبة إلى أحكام معينة . وفي هذا الشأن لا يلزم لتقريره أن يطلبه الدائن ، وليس للقاضي سلطة في الامتناع عن تزويد الدائن به . وهو إذ يتقرر يصيب جميع العقارات المملوكة للمدين ، بل ويلحق أيضا ما يملكه في المستقبل . ولكنه يخضع لمبدأ التخصيص من حيث الالتزام الذي يضمن

الوفاء به . ويشترط أخيراً لنفاذه أن يتوافر فيه ركن العلانية الذى يتمثل فى الشهر عن طريق القيد (١) .

تعرض الرهن القضائى بوضعه المتقدم لنقد لاذع من الفقه الفرنسى فى اتجاهه الغالب . فيؤخذ عليه أولاً أنه ينحرف بالقاضى عن سلطته الأصلية . فهو يجعله فى مركز يخول له إنشاء الحقوق ، مع أن وظيفته الأساسية هى مجرد تقرير حقوق الأفراد المتنازع عليها . ويعاب عليه بصفة خاصة ما يفضى إليه من إخلال بالمساواة ، وصعوبة فى التطبيق نظراً لاتساع وعائته وامتداده إلى كافة العقارات المملوكة للمدين . وهو على هذا النحو يشل نشاط المدين ويعرقل تداول الثروة العقارية . بل يخول للدائن مركزاً ممتازاً ، لا فضل له فى اكتسابه سوى تربصه للمدين ، والمبادرة إلى السبق فى الحصول على حكم . والفوز فى هذا التسابق كثيراً ما يتحقق لأسباب تتعلق بسير الاجراءات . وبذلك تتحدد الأفضلية بشأن الرهن القضائى على أساس ظروف واعتبارات خارجة عن إرادة الدائنين .

هكذا يتمثل نظام الرهن القضائى فى تمكين الدائن من الحصول على ضمان خاص ، دون أن يستند إلى اعتبارات تتصل بالائتمان . بينما يتحقق الرهن الاتفاقى بإرادة الراهن والدائن ، تمكينا للمدين من الحصول على ائتمان . ويتوافر الضمان الخاص فى حقوق الامتياز ، تقديرأ من المشرع لوجوب تفضيل بعض الديون فى استيفائها نظراً لما يقوم فيها من صفات خاصة .

وقد جاء صدى هذا النقد قوياً فى بعض البلاد ، فصدرت بعض التقينيات المعاصرة خالية من نظام الرهن القضائى ، قائمة بالضمانات الاتفاقية والقانونية ، ومثال ذلك التقنين الألمانى والسويسرى (٢) .

(١) أنظر بودان وفواران ج ١٤ فقرة ٧٤٧ - بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٥٥٨ - كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٧٢٦ - ريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٤١٥٨ - أوبرى ورو ج ٣ فقرة ٢٦٥ .

(٢) أنظر بيير رينو انيسكلوبيدى دالوز ج ٢ ص ٩٦٢ فقرة ٥ وما بعدها .

كانت هذه العيوب المتقدمة ماثلة أمام المشرع المصري وهو بسبيل إعداد التقنين المدني الجديد، وكان عليه أن يتخذ موقفاً من التأمينات العينية الخاصة التي تقرّر بأمر القاضي . وقد أحسن صنعاً باستبعاد نظام الرهن القضائي على النحو الذي أخذ به المشرع الفرنسي . ولكنه استعاض عنه بنظام آخر ، عرف في ظل القانون المصري القديم (١) ونعني به الاختصاص الذي حرص المشرع في تقريره على محاولة تخليصه من العيوب التي أخذت عليه .

اتجه جهد المشرع في صياغة نظام الاختصاص إلى وضع أحكام تجرده من عيوب الرهن القضائي . فهو لا يتقرر بقوة القانون ، بل يلزم لذلك صدور أمر من القضاء . وهو لا يتناول كل عقارات المدين ، بل يجب تخصيص محله بعقار أو عقارات معينة بالذات . ويشترط لتقريره أن يتوافر لدى الدائن حسن النية ، وأن يكون مزوداً بحكم تتحقق فيه صفات خاصة ، وأن يترسم الدائن خطى إجراءات معينة للحصول عليه . بل وقد ظهر حرص المشرع في التقييد من الأخذ بنظام الاختصاص ، في حرمان الدائن من الإلتجاء إليه بعد وفاة المدين ، أو اتخاذ الإجراءات لشهر إعساره وتسجيل صحيفة دعوى الإعسار . أخيراً وضع المشرع أحكاماً تكفل تقرير الاختصاص في حدود ضيقة وبالقدر اللازم فقط لتمكين الدائن من استيفاء حقه .

هكذا وضع القانون إجراءات من شأنها الحد من تقرير الاختصاص على عقارات المدين . بل ومنح القاضي سلطة في إنقاص الاختصاص أو نقله من عقار إلى آخر . وسنغني ببيان هذه الأحكام بالتفصيل في موضع دراستها .

على أن المشرع المصري ، ورغم هذا الجهد المتقدم ، لم يسلم من النقد في

(١) كان القانون الوطني القديم يأخذ بنظام الاختصاص ولا يعترف بالرهن التقاضي . أما القانون المختلط فقد أخذ عند صدوره بالرهن القضائي على غرار ما جاء في القانون الفرنسي . ثم عدلت أحكامه فألغى الرهن القضائي ، وتقرر الاستغناء عنه بنظام الاختصاص ، وبذلك اتحدت أحكام القانون الوطني والمختلط في هذا الشأن .

الأخذ بنظام الاختصاص وقد وجه إليه بصفة خاصة في آخر مراحل إعداد المشروع أمام لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ.

قيل في هذا الصدد ، على غرار ما نادى به الفقه الفرنسي ، أن التأمين القضائي يعطى لدائن عادي مركزاً يفضل به غيره لمجرد تعجله في استصدار حكم على المدين . فإذا بادر بقيد حق الاختصاص ، تقدم على غيره من الدائنين العاديين ، والدائنين المرتبين التاليين له في المرتبة ، دون أن يكون لإرادة المدين دخل في ذلك .

والأصل في الأفضلية ، في تقدير هذا الاتجاه ، أن تتقرر بالاتفاق أو بنص في القانون . أما إسنادها إلى أمر القاضي ، فهو غير مرغوب فيه ، وليس له أساس يبرره .

وقيل في هذا الشأن أيضاً أنه إذا روي استبقاء الاختصاص ، فالأولى أن ينتفع به كافة الدائنين الثابتة حقوقهم قبل صدور الأمر بتقريره . ويعتبر الدائن الذي يسعى إلى ذلك أنه يعمل لنفسه ولحساب غيره .

أخيراً أشار الرأي المتقدم بأن صدور الحكم في الدعوى ، قد يتأخر لاعتبارات لا دخل لإرادة الدائن فيها . ويترتب على ذلك تمكين أحد الدائنين من الحصول على اختصاص بمقتضى حكم صدر لصالحه ، وهو على هذا النحو قد يفضل دائناً آخر رفع الدعوى في تاريخ سابق ، ولكن تراخى الفصل فيها لأسباب لا قبل له بدفعها . ولعله من الأوفق ، علاجا لهذا الوضع ، أن تمنح الأفضلية في تقرير الاختصاص للدائن الذي سبق غيره في رفع الدعوى ، بصرف النظر عن تأخر صدور الحكم فيها . وبعبارة أخرى إذا أريد بحق الاختصاص تمييز الدائن الأكثر نشاطاً ، فمعيار ذلك رفع الدعوى لا صدور الحكم فيها ، فيكون هناك مرجح للتمييز يستند إلى سبب معقول (١) .

لم يكتب النجاح لهذا الاتجاه رغم ما يتضمنه من أوجه نقد سليمة ، وانتصر

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٥٨ حيث يعرض الأستاذ محمد حسن المشاوي نظريته في نقد حق الاختصاص التي شرحتها في المتن .

الرأى الغالب فى الإبقاء على نظام الاختصاص ، فصدر التقنين المدنى متضمناً أحكامه التى نعى بتفصيلها فيما يلى .

١٣٥ - تقسيم وإمالة .:

ينفرد الاختصاص بأحكام خاصة تتصل بإنشائه ، وتمكين كل ذى مصلحة من المطالبة أمام القضاء بتعديل محله . وسنعنى فيما يلى بتفصيل هذه الأحكام . أما آثار الاختصاص فهى فى مجموعها تماثل ما جاء فى الباب المخصص للرهن الرسمى ، وعلى هذا النحو لن نكرر ما فصلناه فى دراستنا السابقة . بل ويكفى فى هذا الصدد أن نشير إلى نص المادة ١٠٩٥ التى تقرر « يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيّد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » .

وبذلك لن نعرض فى دراستنا التالية للأحكام التى تناولناها بالتفصيل فى الرهن الرسمى ، ونحيل بشأنها لموضع دراستها السابقة .

وعلى ضوء ما تقدم نعتقد ثلاثة فصول ، نفصل فى الأول إنشاء الاختصاص ، ونشير فى الثانى إلى آثاره ، ونعنى فى الثالث بإنقاصه وانقضائه .

الفصل الأول إنشاء الاختصاص

١٣٦ - الاختصاص ينشأ بأمر القاضي ، وينفذ في مواجهة الغير

بإجراء القيد :

إذا ما توافرت الشروط الموضوعية لتقرير الاختصاص ، واتبعت الإجراءات التي رسمها القانون ، يكتسب الدائن حقاً عينياً تبعياً على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين . ويترتب هذا الأثر بمجرد صدور أمر القاضي بالاختصاص . على أنه يلزم لنفاذه في مواجهة الغير ، أن يجري قيده ، وتتبع في هذا الشأن الخطوات التي سبق دراستها في البحث المخصص لقيد الرهن الرسمي (١) .

يظهر إذن مما تقدم أن الاختصاص يقتضي تقريره توافر شروط موضوعية ، واتباع إجراءات معينة . ويلزم لنفاذ أثره في مواجهة الغير إجراء قيده وفقاً لما جاء من أحكام في قانون تنظيم الشهر العقاري (٢) .

(١) راجع ما تقدم ص ١٥٧ فقرة ٥٥ وما بعدها .

(٢) يقرر الأستاذ الدكتور شفيق شحاته في كتاب النظرية العامة للتأمين العيني ص ٤٣ وما بعدها ما يأتي « يقال في العادة إن التأمينات العينية قد تنشأ عن أمر القاضي كما في حق الاختصاص . والواقع أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس مصدره أمر القاضي ، وإنما المصدر الحقيقي هو واقعة القيد ، فإن لم يحصل القيد فلا يكون هناك اختصاص ، وبالتالي لا يكون هناك تأمين عيني . أما أمر القاضي فهو السبب القانوني للقيد ، ولا يكون القيد منتجا لأثره إلا إذا كان مستنداً إلى أمر صادر من القاضي » . (اقتصرنا في هذا الصدد على عرض الفقرات التي تتصل فقط بحق الاختصاص ، أما ما يتعلق بنيرها من التأمينات العينية فنحيل بشأنها إلى موضع دراسة كل تأمين - راجع ما تقدم في الرهن الرسمي ص ١٧٩ هامش ١ - وانظر ما يلي في دراسة الرهن الحيازي وحقوق الامتياز) .

خلاصة القول من هذا الاتجاه الفقهي المتقدم أن الدائن لا يكتسب حق الاختصاص إلا بواقعة القيد ، أما أمر القاضي فهو سبب قانوني للقيد ، ولا يترتب عليه اكتساب الحق . وقد أشرنا =

فالقيد ليس سوى مجرد إجراء ارتضاه المشرع المصرى للاعلان عن كافة

= من قبل في دراسة الرهن الرسمى أن هذا القول نتيجة حتمية للنظرية التى يدافع عنها الدكتور شفيق شحاته . فهو ينكر فكرة الحقوق العينية التبعية ، ويرى أن كافة التأمينات العينية مجرد أوصاف للالتزام ، تعدل من الآثار العادية ، فتجعل للدائن أفضلية في استيفاء دينه من المال محل التأمين .

وقد بينا وجهة نظرنا في هذا الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية (راجع ما تقدم فقرة ٢٦ وما بعدها) ، وخلصنا إلى وجوب الإبقاء عليها . ولعل جانب الصحة ، في تقديرنا ، في هذه النظرية يلمس أثره بالنسبة إلى حقوق الامتياز العامة على النحو الذى سنفصله في موضعها . أما فيما يتصل بالتأمينات العينية الأخرى ، فنميل إلى تأصيل أحكامها بتزويد الدائن بحق عيني تبعى . ولسنا في هذا الاتجاه متأثرين بمجرد الخرص على تراث فقهي قديم ، أو مستجيبين إلى إرادة المشرع المصرى فقط ، بل يدفعنا إلى ذلك نتائج عملية هامة تترتب على اذكار الحق العيني التبعى أو تقريره .

على هذا النحو نسجل اتجاؤنا بشأن الاختصاص ، فنرى أنه يكسب الدائن حقاً عينياً نهياً على العقار بصدور أمر القاضى بتقريره . ولكن يلزم لسريان هذا الحق في مواجهة الغير أن يتوافر فيه عنصر العلانية ، وهو إجراء القيد الذى ارتضاه المشرع المصرى كوسيلة لتمكين الغير من العلم بما تقرر على العقارات من ضمانات خاصة للدائنين .

ويتربط على الأخذ بهذا التصور أن الدائن إذا اكتسب الحق بأمر القاضى ، جاز له أن يجرى قيده في أى تاريخ لاحق ، حتى ولو تم القيد في فترة يتمتع عليه فيها إيقاع اختصاص على عقارات المدين . ولهذا القول أهمية بالغة ستظهر في دراستنا للأحوال التى لا يجوز فيها أخذ الاختصاص . فقد حرمه المشرع على الدائن في الفترة اللاحقة لتسجيل صحيفة دعوى إعسار المدين ، ومنعه أيضاً بعد موت المدين ، إذ سلمنا بأن واقعة القيد هى التى تنشئ التأمين العيني ، وجب القول بحرمان الدائن أخذ اختصاصاً على عقار مملوك للمدين ، من إجراء القيد إذا تم في تاريخ لاحق على تسجيل صحيفة دعوى إعسار المدين أو بعد وفاته (راجع ما سبق ص ٢٢٠ وما بعدها) . ولكن القول بأن الدائن يكتسب حقاً عينياً تبعياً على العقار بمجرد صدور أمر القاضى ، يفضى إلى التسليم بإمكان قيد هذا الحق ولو أجرى في فترة حرم فيها المشرع أخذ الاختصاص . هذا الاتجاه الأخير يستجيب إلى حكمة المشرع من التحريم . ذلك أنه منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً لإيثار دائن على آخر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، أو بعد وفاة الدين . أما إذا توافر هذا الإيثار قبل ذلك ، وهو ما يتحقق بعد صدور أمر القاضى ، فليس ثمة ما يمنع من استكمال عنصر العلانية اللازم لسريان الحق في مواجهة الغير . على أن هذا القول ينبغى أن يقترن بالقيد الهام الذى أورده المشرع وهو وجوب توافر حسن النية لدى الدائن حينما يسعى إلى القاضى يسأله تقرير الاختصاص (وهو ما سنبينه في المتن في دراستنا لهذا الشرط) .

الحقوق العينية التبعية التي تنقرر على العقارات . وهو يهدف بذلك إلى تمكين الغير من الحصول على كافة المعلومات المتصلة بالحالة القانونية لعقار مملوك لشخص معين ، وهو أمر يقتضيه حرص التشريعات الحديثة ، على تدعيم الائتمان العقاري وتيسير تداول الأموال العقارية .

ويتم إجراء القيد كما سبق البيان وفقاً للخطوات التي رسمها المشرع في قانون تنظيم الشهر العقاري . وهنا نكرر الإحالة إلى دراستنا السابقة لقيد الرهن الرسمي ، وهو ما عنت المادة ١٠٩٥ بالإفصاح عنه بقولها « يسرى على حق الاختصاص ما يسرى على الرهن من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه » .

على ضوء هذه الملاحظة الأساسية سنسعى فيما يلي بدراسة كيفية تقرير الاختصاص . وفي هذا الصدد نبدأ في مبحث أول ببيان الشروط الموضوعية ، ونعالج في مبحث ثان الإجراءات التي يجب إتباعها .

المبحث الأول

(الشروط الموضوعية لتقرير الاختصاص)

١٣٧ - تدر هذه الشروط :

يستفاد من النصوص التي أوردها المشرع في الباب الذي أفرده للاختصاص ، وجوب توافر شروط متعددة . وهي في تعددها تتصل بشخص الدائن ، وتتعلق بالحكم الذي يريد الحصول على اختصاص بمقتضاه ، وتتناول الأموال التي يرد عليها . أخيراً وحتى تكتمل دراسة هذه الشروط ، ينبغي أن نعالج الصور التي يمتنع فيها على الدائن أخذ اختصاص على عقار من عقارات المدين .

هكذا تتحدد المسائل التي تعرض في بحث إنشاء الاختصاص . فهي تنحصر فيما يأتي ١ - الدائن الذي يطلب الاختصاص ٢ - الحكم الذي يتقرر الاختصاص بمقتضاه ٣ - محل الاختصاص ٤ - الأحوال التي يمتنع فيها تقريره .

أورو - الدائن الذى يطلب الاختصاص

١٣٨ - يجب أنه يكونه الدائن حسن النية :

قضت المادة ١٠٨٥ صراحة بأن الدائن الذى يطلب تقرير الاختصاص ، يجب أن يتوافر لديه حسن النية. وقد وضع هذا الشرط استجابة لقضاء محكمة النقض فى ظل القانون القديم (١) ، الذى يتأسس على حكم المادة ٣٣٦/٢٦٦ قبل الغائها بقانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ ويعرض البحث عن المفهوم القانونى لحسن نية الدائن ومعارتوافره . وقد أفصحت الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى ، وذلك فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى عن اتجاه المشرع فى تحديد معنى حسن النية (٢) .

ويمكن صياغة اتجاه المشرع فى هذا الصدد بأن الدائن يعتبر حسن النية إذا كان يجهل تعلق حق الغير بالعقار الذى يطلب تقرير الاختصاص عليه. وبالتالى ينتفى حسن نيته إذا طلب اختصاصاً على عقار مملوك للمدين ، وهو يعلم تعلق حق الغير به ، حتى ولو كان هذا الحق لم يتوافر فيه الشروط اللازمة للاحتجاج به فى مواجهة الكافة . فلو باع المدين عقاراً له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعه ، فإن هذا الحق لا يسرى فى مواجهة البائع حتى

(١) أنظر حكم محكمة النقض المنشور فى ملحق مجلة القانون والاقتصاد س ٦ ص ٢١٣ ، مجموعة التواعد القانونية ج ١ رقم ٣٦٩ وقد جاء فيه إن « الدائن الذى أخفى عن رئيس المحكمة أن العقار الذى أراد الاختصاص به قد باعه مدينه بعقد عرقى ثابت التاريخ قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه فى الدين ، وذكر فى عريضته أن هذا العقار هو ملك مدينه ولا يزال على ملكه ، فصدر له الأمر بالاختصاص وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن أوصاف العقار ما يجب عليه ذكره صدقاً ، هذا الدائن يعتبر لأنه قد عمل عملاً إيجابياً منطوياً على سوء النية يجعل الاختصاص الذى صدر له منطوياً على سوء النية ، فلا يمكن اعتباره تسجيله (وهو الإجراء المقابل للقيود فى ظل قانون الشهر العقارى) سارياً فى مواجهة المشتري من المدين » .

(٢) تقرر المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد أنه « يشترط لأخذ الاختصاص أن يكون الدائن حسن النية ، فلو باع عقاراً له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على العقار وهو عالم ببيعه ، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فإن هذا الحق لا ينفذ فى حق المشتري » .

ولو تم قيده قبل تسجيل البيع . هذا المثال جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ،
نقلا عن قضاء محكمة النقض في ظل القانون القديم . ويستفاد منه انتفاء حسن
النية في كل مرة يعلم فيها الدائن بسبق اكتساب شخص لحق عيني على العقار
المراد تقرير الاختصاص عليه ، حتى ولو كان هذا الحق لم يتم تسجيله أو قيده
وفقاً لما استلزمه قانون تنظيم الشهر العقاري .

تطبيقاً لهذا المعيار المتقدم إذا تصرف المدين في عقار مملوك له ببيع أو هبة ،
ولم يسجل هذا التصرف ، فإن علم الدائن به يكفي وحده لعدم سريان
الاختصاص الذي تقرر له على العقار ، حتى ولو قيد الاختصاص في تاريخ
سابق على تسجيل البيع أو الهبة .

كذلك أيضاً لو أخذ الدائن اختصاصاً على عقار وهو يعلم أن المدين قد
قد رهنه لدائن آخر ، كانت الأولوية في هذا الشأن للدائن المرتهن حتى ولو قيد
الاختصاص في تاريخ سابق على قيد الرهن . وبعبارة أخرى نكون هنا بصدد
استثناء من القاعدة التي تحسم التزاحم بين عدة دائنين مزودين بتأمين عقارى
خاص على أساس الأسبقية في القيد (١) . وهو استثناء يستجيب إلى نزعة المشرع
في الحد من إطلاق الأفضلية التي يكتسبها الدائن بمقتضى تأمين قضائي .

غنى عن البيان أن الأصل هو حسن النية ، وعلى من يدعى العكس أن
يثبت ما يدعيه . ويكفى في هذا الشأن إثبات علم الدائن بأن المدين قد سبق له
التصرف في العقار ببيع أو هبة أو تقرير حق انتفاع أو رهن .

أخيراً تنبغى الإشارة إلى الحماية التي قررها المشرع للدائن المرتهن من مالك
زالت عنه الملكية بأثر رجعي (م ١٠٣٤ من التقنين المدني) . وقد قررنا
بصدد بحث هذه الحماية أنها تنصرف أيضاً للدائن المزود بحق اختصاص . على
أنه يشترط لتطبيقها أن يكون حسن النية .

مقتضى هذا الحكم أن الاختصاص الذي يؤخذ على عقار مملوك للمدين ، إذا

تقرر في تاريخ لاحق على تسجيل دعوى الطعن في سند الملكية أو التأشير بها ، لا يسرى في مواجهة رافع الدعوى إذا قضى فيها لصالحه. أما الاختصاص الذي يكتسب في تاريخ سابق ، فيلزم لعدم سريانه أن يكون الدائن على علم بأن ملكية المدين مهددة بالزوال (١).

ثانياً - الحكم الذي يتقرر الاختصاص بمقتضاه

١٣٩ - شروط هذا الحكم :

يستفاد من نص المادة ١٠٨٥ أن الحكم الذي يجوز تقرير الاختصاص بمقتضاه يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

- ١ - أن يكون صادراً من جهة لها ولاية القضاء.
- ٢ - أن يكون الحكم واجب النفاذ.
- ٣ - أن يكون صادراً في موضوع الدعوى وملزماً للمدين بأداء شيء معين.

١٤٠ - صدور الحكم من جهة لها ولاية القضاء :

القاعدة العامة في الاختصاص ، أنه لا يتقرر إلا بناء على حكم صادر من جهة لها ولاية القضاء (٢).

(١) راجع ما تقدم فقرة ٤٧ وبصفة خاصة ١٤٠ .

(٢) تنبنى الإشارة في هذا الصدد إلى تأمين عيني ورد ذكره في التصفية الجماعية للتركات ، وهو قريب الشبه بحق الاختصاص ، وإن كان يختلف عنه في أنه لا يشترط لتقريره أن يكون حق الدائن ثابتاً بحكم .

الأصل في القانون المصري أن آجال الديون لا تحل بفوق القانون بوفاة المدين . فإذا لم يجمع الورثة على طلب حلها ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة على الورثة ، بحسب النصيب الشرعي لكل منهم في الميراث . والمفروض أن جزء التركة الذي وقع في نصيب كل وارث ، يكفي لسداد الديون التي اختص بها . على أن المشرع أراد أن يكفل للدائن استيفاء حقه ، فأجاز للمحكمة بمقتضى نص المادة ٨٩٥ أن ترتب لكل دائن تأميناً كافياً على عقار أو منقول من الأموال التي وقعت في نصيب الوارث الذي اختص بدينه . وتجوز مطالبة الوارث إذا لزم الأمر بإضافة ضمان تكميلي يقدمه من ماله الخاص .

على هذا النحو لا يكفي لأخذ الاختصاص أن يكون حق الدائن ثابتاً بمجرد سند رسمي . فهو وإن كان يصلح كوثيقة للتنفيذ على المدين ، إلا أنه لا يجوز تقرير اختصاص بمقتضاه (١) . والقول بغير ذلك يهيء لكل دائن حصل على تعهد المدين أمام الموثق ، أن يكتسب حقاً عينياً تبعياً على العقار دون مبرر .

محاضر الجلسات المثبتة للصلح : يستثنى من الحكم المتقدم الذي يمنع تقرير الاختصاص بمقتضى سند رسمي ، محاضر الجلسات المثبتة للصلح .

قد يحدث أثناء سير الدعوى أمام المحكمة أن يعقد الخصوم صلحاً تنهى به الخصومة في مقابل التزامات يتعهد بها أحدهم في مواجهة الآخر . عندئذ يجوز لهم أن يطلبوا من المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ، ويجب أن يلحق به وثيقة الصلح إذا كان مدوناً في ورقة مكتوبة . وفي كلتا الحالتين يوقع أطراف الصلح على محضر الجلسة .

على هذا النحو يكون لمحضر الجلسة الموقع من الخصوم قوة السند التنفيذي . وقد أجاز المشرع استثناء من القواعد العامة ، أخذ اختصاص بمقتضاه ، وهو ما عبرت عنها المادة ١٠٨٧ بقولها « يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم (٢) » .

= يلاحظ ما تقدم أن التأمين العيني الذي يقرره القاضى على عقار اختصاص به الوارث من أموال التركة ، قريب الشبه بحق الاختصاص . ولكنه يختلف عنه في أنه يجوز تقريره ضماناً للوفاء بدین مؤجل ، بل ولا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً في مواجهة المورث بمقتضى حكم كما هو الحال في القواعد العامة للاختصاص .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٩٢ .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (ج ٧ ص ١٦٣) أنه لا يؤخذ حق الاختصاص بناء على سند ولو كان رسمياً . أما الحكم الذى يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمى . ولذلك كان الحق في أخذ اختصاص بمقتضاه محلاً للنظر . فقطع المشروع الشك في هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاء مجارياً في ذلك القضاء المصرى .

يستفاد من هذا النص أن ما قررناه بشأن الصلح ، يصدق أيضاً على كل اتفاق يتم بين الخصوم أمام القضاء ، مثال ذلك إثبات قسمة ودية اتفق عليها الشركاء أمام المحكمة .

على ضوء ما تقدم يظهر لنا وجوب استناد الدائن في طلب الاختصاص إلى ثبوت حقه بمقتضى حكم صادر من جهة لها ولاية القضاء، ويصدق هذا الوصف على كل جهة تستمد ولايتها من القانون المصرى ، دون تفرقة بين محكمة مدنية أو جنائية ، ما دامت الشروط الأخرى التى استلزمها المشرع متوافرة فى الحكم الصادر من هذه المحكمة (١) .

الحكم الصادر من محكمة أجنبية : أجازت المادة ١٠٨٦ أخذ اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، بشرط أن يصبح هذا الحكم واجب التنفيذ . لا يجوز إذن أخذ اختصاص فى مصر على عقار مملوك للمدين ، إلا إذا وضع على الحكم الأمر بالتنفيذ وفقاً للإجراءات التى رسمها قانون المرافعات (المواد ٤٩١ وما بعدها) مع مراعاة المعاهدات التى تعقد فى هذا الشأن وتكون مصر طرفاً فيها (٢) .

ويتجه الفكر الراجع فى القانون الدولى الخاص إلى أنه لا يجوز ترتيب اختصاص بناء على حكم أجنبى لا يجيز قانون القاضى الذى أصدره أخذ اختصاص بمقتضاه . وتطبيقاً لذلك يشترط لتقرير اختصاص على عقار كائن فى مصر بمقتضى حكم أجنبى ، أن يكون قانون القاضى الذى أصدر الحكم يعترف بنظام الاختصاص (٣) .

(١) على هذا النحو يجوز أخذ اختصاص بمقتضى حكم صادر من محكمة مدنية أو تجارية ، ومن محاكم الأحوال الشخصية ، ومن المحاكم الجنائية أيضاً ضماناً للوفاء بما تقضى به من تعويض وغرامة ومصروفات . بل ويجوز تقرير الاختصاص أيضاً ضماناً لما تقضى به محاكم القضاء الإدارى من تعويضات . وقد أثير الجدل بشأن الأحكام الصادرة من محاكم عسكرية ، والراجع عدم جواز تقرير اختصاص بمقتضاها ، على أساس أن ولايتها قاصرة على الأشخاص ، ولا تمتد آثارها إلى الأموال حتى ولو قضت بجزاءات مالية (راجع انسكلوبيدى دالوز ج ٢ ص ٩٦٣ فقرة ١٤) .

(٢) راجع الدكتور محمد حامد فهمى فقرة ٧٤ .

(٣) راجع فى هذا المعنى بلا نيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٥٨٩ - بودان وفواران =

قرارات المحكمين : القرار الصادر من المحكمين لا يصدق عليه وصف الحكم ، وعلى هذا النحو لا يجوز في الأصل الحصول على اختصاص بمقتضاه .

ولكن هذا القرار يرتفع إلى مرتبة الأحكام من حيث جواز تقرير الاختصاص ، إذا أصبح واجب التنفيذ (م ١٠٨٦ من التقنين المدني) .

فإذا كان القرار صادرا في مصر ، صار واجب التنفيذ بأمر يصدره قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة التي أودع القرار في قلم كتابها ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن ، وذلك بعد الاطلاع على القرار ومشارطة التحكيم والتثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه . ويوضع أمر التنفيذ بذيل أصل القرار (م ٨٤٤ مرافعات) (١) .

أما إذا كان القرار صادرا في دولة أجنبية ، وجب إخضاعه للقواعد الخاصة بنفاذ الأحكام في مصر . فيشترط لجواز طلب اختصاص بمقتضاه أن يحصل الدائن على أمر بتنفيذه وفق ما جاء في نص المادة ٤٩١ وما بعدها من تقنين المرافعات .

١٤١ - يجب أنه يكون الحكم واجب النفاذ :

أضيف هذا الشرط في المرحلة التي وصل فيها مشروع القانون المدني إلى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ (٢) . وبذلك لا يجوز أخذ اختصاص بحكم

== ج ١٤ فقرة ٧٥٨ - ليروبر ويجونير «الموجز في القانون الدولي الخاص» فقرة ٣٥٤ - عز الدين عبد الله «القانون الدولي الخاص المصري» ج ٢ فقرة ١٢٠ وما بعدها .

(١) يتجه الرأي الراجح في فقه القانون المدني إلى أن قرار المحكمين لا يصدق عليه وصف الحكم ، رغم أن تقنين المرافعات لا يستخدم لفظ قرار ، وإنما يعبر عنه بحكم المحكمين . وقد يؤيد هذا الفقه أن المشرع نفسه استلزم لتقرير الاختصاص ، أن يشفع هذا القرار بأمر تنفيذ صادر من المحكمة المختصة . راجع بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق ج ١٢ فقرة ٥٩٠ .

(٢) جاء في تقرير اللجنة أن إضافة هذا الشرط قصد به «قصر حق الاختصاص على الدائن الذي يكون بيده حكم قابل للتنفيذ ، وبهذا لا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى بل تكون الأفضلية معقودة للدائن الذي يملك التنفيذ . ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن في استيفاء دينه وأداة تيسير بالنسبة إلى المدين ، لأن من يحصل على حق الاختصاص قد يرتضى إرجاء التنفيذ ما دام قد آمن بالاختصاص على حقه » .

إلا إذا كان واجب النفاذ ، ويتوافر ذلك في حالتين : -

١ - إذا كان الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى به : وتتوافر هذه القوة للحكم الانتهاى ، سواء كان حضورياً ، أم غيابياً وكان الطعن فيه بالمعارضة غير جائز أو أصبح كذلك بفوات الميعاد . ويجوز أيضاً تنفيذ الحكم الابتدائى الذى سقط حق الطعن فيه بالاستئناف :

ولا يمنع تنفيذ الحكم ، وبالتالى صلاحيته لتقرير الاختصاص ، جواز الطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر . ولكن يزول أثر التنفيذ وينقضى الاختصاص إذا طعن فيه بأحد هذين الطريقتين ، وقضى بقبول الطعن (١) .

٢ - إذا كان الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل : أجاز المشرع على سبيل الاستثناء ، تنفيذ بعض الأحكام التى لم تتوافر فيها قوة الأمر المقضى به ، وذلك لاعتبارات متعددة استأثر بتقديرها . ويوصف هذا التنفيذ أيضاً بأنه مؤقت ، باعتبار أن مصيره مرتبط بمصير الحكم ذاته . وأياً ما كان الأمر فالحكم المشمول بالنفاذ المعجل ، يجوز تقرير اختصاص بمقتضاه ، إذا توافرت فيه الشروط الأخرى التى استلزمها القانون .

على أنه إذا ألغى هذا الحكم من محكمة المعارضة أو محكمة الاستئناف يمتنع المضى فى تنفيذه ، ويسقط ما يكون قد تم من إجراءات ، وبالتالى أيضاً ينقضى حق الاختصاص الذى حصل عليه الدائن .

اتجه جانب من الفقه (٢) إلى أن هذا الشرط الذى أضيف فى لجنة القانون

(١) أجاز محكمة النقض فى تقنين المرافعات الجديد (م ٢٧٤٢٧) أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إذا طلب منها ذلك فى تقرير الطعن وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتهدد تداركه . وعلى هذا النحو يمتنع أخذ اختصاص فى الحالة التى تأمر فيها محكمة النقض بوقف التنفيذ .

(٢) يعلق هذا الاتجاه الفقهى على هذا الشرط الجديد بأنه حد من أهمية الاختصاص وذلك =

المدنى بمجلس الشيوخ ، قد أفقد الاختصاص مزاياه . فهو فى الأصل وسيلة تحفظية يلجأ إليها الدائن تأميناً لمركزه من مخاطر تصرف المدين فى أمواله . أما الآن وقد تحدد الاختصاص بالنسبة إلى الدائن المزود بحكم واجب النفاذ فقط ، فإن الاستعانة به عديمة الجدوى . فى وسع الدائن أن يباشر إجراء التنفيذ على العقار . ويترب على تسجيل تنبيه نزع الملكية عدم سريان تصرف المدين فى العقار . وبذلك تتضاءل قيمة الاختصاص .

ويبدو لنا أن إضافة هذا الشرط ، رغم وبجاءة الاعتراض المتقدم ، تستجيب إلى الاتجاه السائد فى الفقه المعاصر بوجوب الحد من نظم التأمينات القضائية فى أضيق نطاق . ونظام الاختصاص فى ذاته تعرض فى آخر مراحل إعداد مشروع القانون المدنى لنقد كاد يفضى إلى حذفه . والواقع أن تقرير الأفضلية للدائن لمجرد السبق فى الحصول على حكم ، لا ينهض وحده سنداً معقولاً للإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين . وعلى هذا النحو نعتقد أن إضافة هذا الشرط قصد به بصفة خاصة الحد من أهمية الاختصاص . فلا يحصل عليه إلا الدائن المزود بحكم واجب النفاذ . وهو إن قنع بهذا الضمان ، ربما كان فى ذلك إغراء له على التراخى فى التنفيذ على المدين .

= للاعتبارات التى بينها فى المتن . ويضيف أن التقنين المدنى الجديد بتنظيمه لشهر إعمار المدين ، قد كفل حماية الدائنين من تصرفاته وجعل كل اختصاص يتقرر على عقار ملوك له لا ينفذ فى مواجهتهم إذا أخذ بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعمار ، وعلى هذا النحو تتحدد فائدة الاختصاص إذا كان المدين موسراً . وفى هذه الحالة لا يكون للأفضلية المترتبة على الاختصاص فائدة تذكر ما دام المفروض أن أموال المدين توفى بجميع ديونه . وإنما تظهر أهميته فى مزية التتبع ، إذ يجد فيها الدائن ما يغنيه عن الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصية . فإذا اشترط لأخذ الاختصاص الانتفاع بمزية التتبع أن يكون حكم الدائن واجب التنفيذ لم تعد له أية مزية عملية . لأن الدائن الذى يملك التنفيذ يستطيع الاستغناء عن أخذ الاختصاص بالتنبيه على المدين بالوفاء وتسجيل هذا التنبيه يمنع نفاذ تصرفات المدين فى حقه . أنظر فى بيان هذا رأى سليمان مرقس فى فقرة ٢٠٢ ، وبصفة خاصة صفحة ٢٠٣ وما بعدها .

١٤٢ - يجب أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى ، ومازماً للمدين بشئ معين :

يهدف حق الاختصاص ، شأنه شأن أى تأمين آخر ، إلى تزويد الدائن بضمان خاص يكفل له تنفيذ الالتزام ، وإيثاره بمركز ممتاز يفضل به غيره من الدائنين .

على ضوء هذا الهدف لا يتقرر الاختصاص إلا بمقتضى حكم صادر في موضوع الدعوى ، ومازماً للمدين بشئ معين . وقد جاءت الصياغة الفرنسية لنص المادة ١٠٨٥ معبرة عن دلالة هذا الحكم *condamnant le debiteur à une prestation déterminée*.

١ - الأصل إذن أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى : وعلى هذا النحو يستبعد من نطاق الاختصاص كافة الأحكام المتعلقة بسير الدعوى أو بإجراءات الإثبات وهى الأحكام التمهيدية والتحضيرية ، وذلك كالحكم بإجراء تحقيق أو تعيين خبير .

على أنه لا يشترط أن يكون قطعياً ، ففسد يصلح الحكم غير القطعى سنداً لتقرير الاختصاص إذا صدر ملزماً للمدين بأداء معين ، وذلك مثال الأحكام التى تصدر بنفقة مؤقتة . ويظل مصير الاختصاص مرتبطاً بمآل النفقة ، فإذا قضى فيما بعد بانقاصها أو إلغائها انعكس أثر هذا الحكم على قدر الاختصاص أو بقاءه .

على ضوء ما تقدم يمكن أن نضع معياراً مقتضاه أن كافة الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع لا تصلح سنداً لتقرير الاختصاص ، إلا إذا تضمنت فى جزء منها القضاء بالزام المدين بأداء معين ، كنفقة مؤقتة أو إلزامه بمصروفات .

٢ - يجب أن يكون الحكم ملزماً للمدين بشئ معين . وقد جاءت الصياغة الفرنسية التى سبق ذكرها أدق تعبيراً فى الدلالة على قصد الشارع من هذا الشرط . فالمقصود به هو أن يتضمن الحكم إلزام المدين بأداء معين . لعل الصورة المألوفة هى أن يكون الحكم صادراً بإلزام المدين بدفع مبلغ من النقود . إنما ليس ثمة ما يمنع من تقرير الاختصاص ضماناً لتنفيذ التزام صدر به حكم من القضاء ، أياما

كان نوع الأداء الملقى على عاتق المدين. وبذلك ينصرف هذا القول إلى الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل. على أنه في مثل هذه الصور يقرر المشرع في المادة ١٠٨٩ أنه إذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار يتولى رئيس المحكمة الموجه إليه طلب الاختصاص، تعيين مقداره بصفة مؤقتة. ويقصد من هذا التعيين وضع حد أقصى للمبلغ الذي يؤخذ به الاختصاص.

ظاهر مما تقدم أن كل حكم يلزم المدين بتنفيذ التزام معين يصلح سنداً لتقرير الاختصاص. وقد استجاب المشرع في ذلك إلى القواعد العامة التي تقضي بأن التأمينات تكفل التنفيذ العيني للالتزام، وتظل باقية تضمن أيضاً التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض. ذلك أن هذا التنفيذ الأخير لا ينشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين، بل هو مجرد استمرار للالتزام نفسه مع تغيير طريقة التنفيذ (١).

ولكن المشرع راعى من ناحية أخرى الاتجاه العام في وجوب تخصيص الالتزام المضمون بالتأمين العيني. وقد ظهر ذلك واضحاً في دراستنا لتخصيص الرهن. وجاء صدى هذا المبدأ مرة أخرى في الاختصاص، وتمثل في وجوب تعيين حد أقصى للمبلغ المضمون به.

الحكم الصادر بصفة التوقيع : الغرض من دعوى صحة التوقيع، هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع المتعاقد أمامه على العقد (٢). وهو بهذا الوصف لا يمس الحقوق والالتزامات الواردة في التعاقد. بل إذا أراد الدائن الحصول على سند قضائي بالالتزام المدين بتنفيذه، تعين عليه رفع دعوى جديدة واستصدار حكم ملزم للمدين بأداء معين. حينئذ فقط يصلح هذا الحكم سنداً لتقرير الاختصاص.

(١) راجع ما تقدم فقرة ٥.

(٢) انظر حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض في ٢١ إبريل سنة ١٩٥٥ منشور في مجموعة المكتب الفنى السنة السادسة العدد الثالث رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢.

أما الحكم الصادر بصحة التوقيع فدلالته قاصرة لا تمس الأداء الملقى على عاتق المدين . ومن ثم حرص المشرع حسماً لخلاف قديم على النص في المادة ١٠٨٧ على أنه «لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع» . والقول بغير ذلك يمكن الدائن من الحصول على ضمان لتنفيذ الالتزام ، قبل حلول أجل الوفاء به ، بل وربما قبل أن يثور أى نزاع بصده ، وفي هذا انحراف بالاختصاص عن الطريق الذى ارتضاه له المشرع المصرى (١) .

الحكم الصادر بتقديم حساب : هذا الحكم يلزم المدين بأداء معين ، يتمثل فى القيام بعمل وهو تقديم الحساب . بهذا الوصف يصلح هذا الحكم سنداً لتقرير الاختصاص وذلك ضماناً لاستيفاء التعويضات التى قد تستحق فى ذمة المتعهد فى حالة امتناعه عن تقديم الحساب .

وقد أثير التساؤل بشأن الحالة التى قد يفضى فيها الحساب إلى مديونية المتعهد بتقديمه . فتساءل البعض هل يجوز أن يتقرر اختصاص بناء على حكم صادر بتقديم الحساب ، وذلك ضماناً للديون التى قد تنتج عنه . ذهب القضاء الفرنسى ، يؤيده بعض الفقه ، إلى أن الرهن القضائى جائز فى هذه الصورة . ويستند هذا الاتجاه إلى أن الالتزام بدفع المبالغ التى نتجت عن الحساب ، هو نتيجة حتمية وثيقة الصلة بالالتزام بتقديم الحساب ذاته ، وأن غاية الدائن هى فى الواقع تأمين حقه فى الحصول على هذه المبالغ (٢) .

على أن هذا النظر قد تعرض للنقد من جانب كبير من الفقه الفرنسى (٣) . ذلك أن التفرقة ظاهرة بين الالتزام بتقديم حساب ، والالتزام الآخر الناشئ عن

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٦٩ .

(٢) أنظر أوبرى ورو ج ٣ فقرة ٢٦٥ - بودان وفواران ج ١٤ فقرة ٧٥٢ - كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٧٣٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٥٨١ - ريبير وبولا نجييه ج ٢ فقرة ٤١٧٨ .

صافي الحساب . هذا الالتزام لم يصدر به حكم ومن ثم فلا يجوز أن يتقرر بمقتضاه رهن قضائي .

ويستجيب هذا الاتجاه الأخير إلى الشروط الأساسية في تقرير حق الاختصاص في مصر . وعلى هذا النحو يمكن القول إن الحكم بتقديم حساب يصلح سنداً لطلب الاختصاص ضماناً للتنفيذ العيني لهذا الالتزام . فإذا امتنع المحكوم عليه عن تقديم الحساب ، وألزم بتعويضات ، كان الاختصاص ضامناً لها . أما الالتزام الآخر الذي قد ينشأ في ذمته برد ما تبقى من صافي الحساب ، فلا يجوز أخذ اختصاص ضامناً للوفاء به مادام لم يصدر به حكم وعلى هذا النحو ليس للدائن سوى أن يقنع بالانتظار حتى ينشأ الالتزام . وعندئذ يحق له أن يستصدر حكماً بإلزام المدين بأداء ما استحق في ذمته ، وهنا يتوافر له السند الذي يخول تقرير الاختصاص (١) .

وقد تضمن المشروع التمهيدى للقانون المدني فقرة تسجل هذا الاتجاه المتقدم . ثم روى حذفها في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، حتى يترك الأمر للقضاء بفصل فيه وفقاً لظروف كل حالة بخصوصها (٢) .

ثالثاً - محل الاختصاص

١٤٣ - محل الاختصاص عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين :

نصت المادة ١٠٨٨ من التقنين المدني على أنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص

(١) يؤيد الفقه المصري هذا الاتجاه . راجع عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٨٩ - سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ - شفيق شحاته فقرة ١٨١ .

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي بالنسبة إلى الرهن التضامني أنه ليس ثمة ما يمنع من تقرير هذا الرهن ضماناً للوفاء بدين احتمالي ، وذلك على غرار الرهن الاتفاقي - بودان وفواران ج ١٤ فقرة ٧٥٢ - ديموج « طبيعة وآثار الحق الاحتمالي » مقال منشور في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٠٦ بند ٢٨٥ وما بعده .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٦٣ وما بعدها .

إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمراد العلني » .

أول ما يراعى بشأن الاختصاص أنه لا يتناول إلا العقارات . وعلى هذا النحو تستبعد كافة الأموال المنقولة التي يمتلكها المدين من نطاق هذا التأمين القضائي .

ويلاحظ أيضاً أن المشرع قد أخضعه لمبدأ التخصيص ، فاشتراط أن يقع على عقار أو عقارات معينة بالذات . بل وألزم الدائن طالب الاختصاص أن يذكر في العريضة التي يتقدم بها بياناً يتصل بتعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها (م ١٠٨٩ الفقرة الثانية) .

هكذا تجنب القانون المصري عيوب الرهن القضائي في فرنسا حيث يتسع وعاؤه لكافة ما يملك من عقارات ، بل ويمتد أيضاً إلى تلك التي يتلقى ملكيتها في المستقبل ،

بل وظهر حرص مشرعنا على التضييق من وعاء الاختصاص بأن منعه للقضاء سلطة مستمرة في أن يتناوله بالتعديل ، وذلك إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها الاختصاص أو بنقله إلى عقار آخر .

أخيراً تنبغي الإشارة أن الاختصاص يخضع لكافة ما تقدم من أحكام بشأن الرهن الرسمي ، من حيث الشروط الواجب توافرها في شخص الراهن ، والعقار المرهون ، وما يتصل به من ملحقات (١) .

على أنه جدير بالذكر أن نسجل الملاحظات الآتية : —

١ — إذا كان العقار مملوكاً للمدين وقت تقرير الاختصاص ، ثم تصرف فيه المدين ، وبادر إلى تسجيل هذا التصرف القانوني ، فإن قيد الاختصاص في هذه الحالة لا ينتج أثره في مواجهة الخلف الخاص للمدين . ويبدو من هذا الحكم أن

(١) راجع ما تقدم في دراسة الرهن الرسمي فقرة ٤٠ وما بعدها ، فقرة ٥١ وما بعدها .

مصلحة الدائن تقتضى المبادرة بإجراء القيد فور تقرير الاختصاص، وذلك حتى يفوت على المدين فرصة الإفلات من إقبال العقار بهذا التأمين، بالتصرف فيه إلى الغير (١) :

٢ - اكتفى المشرع بصدد الاختصاص بوجوب أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلنى، فلم يضيف الشرط الوارد فى الرهن الرسمى الذى يقضى بأن يكون العقار أيضاً مما يجوز التعامل فيه. وقد أشارت لجنة المراجعة بحذفه فى المادة الواردة فى الاختصاص، استناداً إلى أن جواز البيع بالمزاد العلنى يغنى عن اشتراط جواز التعامل فيه (٢).

رابعاً - الحالات التى يمتنع فيها تقرير الاختصاص :

قد تتوافر كافة الشروط المتقدمة، ومع ذلك يمتنع على الدائن أن يأخذ اختصاص على عقار من عقارات مدينه، أو فى القليل يقع هذا الاختصاص عديم الأثر بالنسبة إلى الغير. ويتحقق ذلك فى حالتين نص عليهما التقنين المدنى الجديد، وهما تسجيل صحيفة دعوى اعسار المدين، ووفاته، وسنعرض لهما فيما يلى.

١٤٤ - تسجيل صحيفة دعوى اعسار المدين :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى « لا يجوز أن يحتج على أحد الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل ».

أراد المشرع المصرى بهذا الحكم أن يحقق المساواة الفعلية بين الدائنين فى

(١) وفى هذا الشأن كان المشروع التمهيلى يتضمن نصاً فيه حماية لمصلحة الدائن. وقد جاء فيه ما يأتى «على قلم الكتاب أن يبادر إلى قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاخصصاص. وفى كل حال يجب أن يتم فى نفس اليوم الذى صار فيه الأمر أو الحكم». وقد تليت هذه المادة أمام لجنة المراجعة فرأت حذفها. أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٨٤.

(٢) راجع ما تقدم ص ١٥٧ هامش ٢.

نظام الإعسار المدني (١) . وهو في هذا الشأن قد خشي أن يبادر دائن بتقرير اختصاص على عقارات مدينه ، عن طريق الإجراءات الفردية التي لا ينقطع حقه فيها (م ٢٥٦ فقرة ٢) . وبذلك يكتسب حقا يكفل له أن يتقدم على غيره من الدائنين . وإذا أجاز تقرير الاختصاص على النحو المتقدم ، ترتب على ذلك الإخلال بقاعدة المساواة ، ومنح الأفضاية لكل دائن مزود بحكم واجب النفاذ .

لهذه الاعتبارات قضى التقنين الجديد بعدم الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فإذا بادر دائن بيده حكم واجب النفاذ إلى أخذ حق اختصاص ، فإن ذلك الحق لا ينفذ في مواجهة الدائنين ذوي التواريخ السابقة على تسجيل صحيفة الإعسار .

على أن مصلحة الدائن قد تتوافر رغم ذلك في تقرير الاختصاص ، حتى إذا ما انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائها ، واستجد للمدين دائنون آخرون كان حق الاختصاص نافذاً في مواجهة هؤلاء الدائنين اللاحقين .

أخيراً ينبغي الإشارة إلى أمر هام وهو أن الحكم الوارد في نص المادة ٢٥٦ ينصرف إلى الاختصاص الذي يستصدر الدائن أمراً به بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . وحكمة المشرع كما قدمنا هي الحرص على أن يكفل لقاعدة المساواة تطبيقاً مأموناً في تلك الفترة الحرجة التي يجتازها المدين في حياته القانونية . وقد أراد بصفة خاصة أن يفوت على الدائن استغلال توافر سند قضائي لديه يهيء له التقدم على غيره من الدائنين .

أما إذا صدر أمر القاضى بالاختصاص في تاريخ سابق على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فالرأى عندنا أن هذا التأمين القضائي يجوز أن ينتج آثاره لأنه

(١) راجع ما تقدم ص ٢٢٠ في أثر إعسار المدين غير التاجر في سريان قيد الرهن . انظر أيضاً السهوري الوسيط الجزء الثاني ص ١٢٤٠ فقرة ٧١٤ .

وقع في فترة يجوز لكل دائن خلالها أن يحصل على مركز ممتاز يفضل به غيره من الدائنين وتطبيقاً لهذا النظر، إذا صدر الأمر بالاختصاص قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، جاز للدائن الاستفادة منه ، وإجراء قيده حتى ولو تم ذلك في تاريخ لاحق على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (١) :

ولكن يراعى أيضاً وجوب توافر حسن نية الدائن وهو بسبيل طلب الاختصاص . فإذا كان قد أقدم عليه بعد أن استشعر اضطراب حالة المدين المالية ووقوعه في الاعسار ، جاز القول بأن هذا الدائن سىء النية. إذ أنه قدبادر إلى الحصول على اختصاص حتى يتقدم سائر الدائنين الآخرين . ومن باب أولى يقع هذا الاختصاص عديم الأثر إذا كان المدين هو الذى استحث الدائن على طلبه ، حرصاً منه على إثارة دون غيره من الدائنين . هنا يتوافر التواطؤ ، ويثبت الغش فيلزم القول بعدم سريان كافة ما يفضى إليه من آثار قانونية حتى ولو حلت طابعاً مشروعاً (٢) .

١٤٥ - وفاة المدين :

نصت المادة ١٠٨٥ في فقرتها الثانية على أنه « لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة » .

غنى عن البيان أن الحكم الورد في نص هذه المادة قصد به تحقيق المساواة بين دائنى المورث ، وحرمان أى دائن من الحصول على مركز ممتاز في تاريخ لاحق على وفاة المدين .

ولكن يلاحظ في هذا الصدد أن الخطر المتقدم ينصرف إلى الدائن الذى يبادر فور وفاة مدينه باستصدار أمر من القضاء بتقرير الاختصاص . أراد المشرع أن يمنع هذه المحاولة ، لأنها تفضى إلى تمكين دائن مزود بحكم واجب النفاذ ، من التقدم على غيره من الدائنين في فترة حرص المشرع خلالها على كفالة المساواة بين جميع الدائنين العاديين .

(١) راجع ما تقدم ص ٢٢٢ هامش ١ ، فقرة ١٣٥ هامش ٢ . وانظر في هذا المعنى محمود جمال الدين زكى ص ٤٤٨ .

(٢) أنظر في تفصيل مبدأ أن النش يفسد كل أمر ، فقرة ٦٨ مكرر ، فقرة ٨٤ .

أما إذا كان الاختصاص قد صدر الأمر به قبل وفاة المدين ، ثم تراخى الدائن في إجراء قيده ، فليس ثمة ما يمنع من أن يسمح له بهذا القيد حتى ولو تم بعد وفاة المدين (١) . ذلك أن الدائن يكتسب على العقار حقاً عينياً بمجرد صدور أمر القاضى ، أما القيد فهو إجراء لازم لسريانه في مواجهة الغير ، ولا تعتبر الوفاة سبباً لإيقاف آثاره . وموقف صاحب الاختصاص هنا ، يماثل تماماً موقف الدائن المرتهن الذى يكتسب رهناً على عقار ثم يموت المدين . وقد رأينا في هذا الصدد أن الوفاة لا تمنع قيد الرهن (٢) .

خلاصة ما تقدم إذن أن المشرع قد منع استصدار أمر من القاضى بالاختصاص بعد وفاة المدين ، ولكن هذا الخطر لا ينصرف إلى اختصاص حصل عليه قبل هذا التاريخ . ولكنه تراخى في إجراء قيده إلى ما بعد الوفاة . هذا القيد اللاحق يقع صحيحاً ويكسب صاحب الاختصاص المرتبة التى يخولها له (٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٠٨ فقرة ٣٩٦ .

(٢) راجع ما تقدم ص ٢٢٢ ، وانظر بصفة خاصة فقرة ١٣٥ هامش ٢ .

(٣) تنبنى في هذا الصدد الإشارة إلى حكم هام قد يقلل من أهمية قيد الاختصاص والذى يتم في تاريخ لاحق على الوفاة . فقد أوجب المشرع (م ١٤ شهر عقارى ، م ٩١٤ مدنى) على الدائنين جميعاً التأشير بديونهم على هامش تسجيل حق الإرث . فإذا تم هذا التأشير في خلال سنة من تاريخ حق الإرث ، جاز للدائن الذى أشر بحقه أن يحتج به على كل من تلقى حقاً عينياً من الرارث على عقار من عقارات التركة ، ولو كان المتصرف اليه قام بشهر حقه قبل التأشير بحق الدائن . أما إذا أشر الدائن بحقه بعد مضي سنة على تسجيل حق الإرث ، فإن المفاضلة بينه وبين مكتسب الحق العيى عن الوارث تكون على أساس الأسبقية في الشهر .

ظاهر بما تقدم أن الدائن إذا بادر بالتأشير بدينه على النحو المتقدم ، لا يسرى في مواجهته تصرف الوارث في العقار ، حتى ولو كان دائناً عادياً . وعلى هذا النحو يحقق هذا التأشير مزايا التأمين العيى من حيث تمكين الدائن من نعقب العقار حتى ولو انتقل إلى يد الغير . ولكن ذلك لا يمنع أن قيد الاختصاص تظل فائدته جلية ، لأنه يكفل للدائن المزود به أفضلية يتقدم بها على الدائنين العاديين للمورث ، بل وكل دائن اكتسب تأميناً خاصاً على العقار إذا تراخى في القيد فأجراه في تاريخ لاحق على قيد الاختصاص .

أخيراً تنبغى الإشارة إلى صورة خاصة قريبة الشبه بالاختصاص تجيز إيقاع تأمين قضائي على عقار مملوك للمدين بعد وفاته . وقد وردت في نص المادة ٨٩٥ بشأن التصفية الجماعية المنظمة للتركات . ويعرض حكمها في حالة ما إذا كانت التركة موسرة ، وآثر بعض الورثة الإبقاء على آجال الديون المستحقة عليها . حينئذ توزع المحكمة الديون المؤجلة من أموال التركة ، بحيث يكون النصيب الذي يختص به كل وارث في مجموع ديون التركة المؤجلة وفي مجموع أموالها معادلاً لصافي حصته فيها .

أراد المشرع أن يقرر للدائن صاحب الدين المؤجل ضماناً خاصاً يكفل له وفاء دينه ، فأجاز للمحكمة في المادة ٨٩٥ أن ترتب لكل دائن تأميناً كافياً على عقار أو منقول من الأموال التي وقعت في نصيب الوارث الذي اختص بدينه . وظاهر من هذا الحكم أننا بصدد تأمين قضائي من نوع خاص . فهو إذا ورد على عقار يقترب من حق الاختصاص . ولكنه يختلف عنه في أن حق الدائن مؤجل ولم يصدر به حكم واجب النفاذ (١) .

خلاصة القول مما تقدم أن الحالات التي لا يجوز فيها تقرير الاختصاص تتوافر بتسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، وينصرف الحظر إلى الدائنين الثابتة حقوقهم قبل هذا التاريخ . وتحقق ثانياً بوفاة المدين مع مراعاة جواز قيد اختصاص صدر الأمر به قبل الوفاة ، وملاحظة التأمين القضائي الخاص الذي جاء حكمه في المادة ٨٩٥ (٢) .

(١) أما إذا ورد هذا التأمين على منقول فهو يقترب من الرهن الحيازي ولكن يختلف عنه من حيث مصدره .

(٢) جدير بالإشارة الحظر الذي جاء في القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد على المصادرة . فقد جاء في المادة الثامنة منه ما يأتي «تنتقل الأعيان التي آلت ملكيتها للدولة نتيجة لقرار المصادرة مثقلة بالتأمينات التي كانت مثقلة بها قبل هذا القرار لصالح أصحابها»

المبحث الثانى

(الاجراءات التى يجب اتباعها لتقرير الاختصاص)

١٤٦ - الاختصاص يتقرر بأمر من القاضى بمقتضى سلطته الوزارية :

الوظيفة الأساسية للقاضى هى الفصل فى الخصومات . والأصل هو قصر نشاطه فى حدود هذه السلطات . ولكن المحاكم فى مصر تباشر إلى جانب ذلك وظيفة تنحرف بها عن سلطاتها الأصلية ، ويعبر عنها بأنها تصدر أوامر ولائية . وقد روعى فى إسناد مثل هذه الأعمال إلى القاضى ما يتوافر فيه من ضمانات وما يفترض لديه من خبرة ودراية بالقانون .

ومن الأمثلة على هذه الأعمال الأمر الصادر بتقرير اختصاص بناء على طلب الدائن على عقار مملوك للمدين . وهو يصدر فى صورة أمر على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات المراد تقرير الاختصاص عليها .

وظاهر أن عمل القاضى هنا لا يتضمن فصلا فى خصومة ، بل هو يصدر أمراً يقرر للدائن بمقتضاه حقاً عينياً تبعياً على عقار المدين . وقد كانت هذه السلطة حجة أساسية استعان بها جانب من الفقه فى فرنسا لتوجيه النقد إلى نظام الرهن القضائى . فالقاضى بحكم وظيفته يختص بحسم الأمر فى حقوق متنازع عليها ، ولكن لا يدخل فى ولايته تقرير الحقوق العينية على أموال الأفراد (١) .

= الديون التى تكفل هذه التأمينات حقوقهم بالنسبة لحساب مرتبتهم دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات تجديد القيد لحفظ هذه المرتبة ، ولا يجوز الحصول على حق اختصاص على عقار من العقارات المصادرة ، ويقع غير نافذ فى حق باقى الدائنين كل اختصاص أخذ بعد ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ . ويسرى حكم هذه المادة على القانون رقم ٦٤٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن الأموال المصادرة من محكمة الثورة وأموال الأحزاب المتحلة مع استبدال عبارة (٨ نوفمبر ١٩٥٣ فى القانون الخامس بمصادرة أموال أسرة محمد على) بعبارة «تاريخ نشر الإعلان الصادر بمصادرة أموال الأحزاب أو التاريخ الذى نشر فيه الحكم من محكمة الثورة» .

(١) بيير رينو إنسكلوبيدى دالوز ج ١ ص ٩٦١ بند ٥ وما بعده .

وأيا ما كان الأمر فلا شك أن القاضي خير من يعهد إليه بهذه الوظيفة ، إذا أقر المشرع نظام التأمينات القضائية . وعلى هذا النحو جاء تنظيم التقنين المدني الجديد لإجراءات تقرير الاختصاص ، قائماً على إسنادها إلى جهة القضاء على النحو الذى سنبينه الآن .

١٤٧ - الخطوات التى يجب اتباعها لتقرير اختصاص :

تبدأ هذه الإجراءات بعريضة تتضمن بيانات معينة ، يقدمها الدائن إلى رئيس المحكمة الابتدائية الواقع فى دائرتها محل العقار . ثم ينظر رئيس المحكمة فى هذه العريضة ، فإن أقر الدائن على طلبه أصدر أمره على العريضة بتقرير الاختصاص . عندئذ يقع على عاتق قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر . وهنا يفتح أمامه سبيل التظلم منه ، وعلى ضوء موقف المدين والفصل فى التظلم يتحدد مصير الاختصاص .

على ضوء ما تقدم نعالج الخطوات التى يجب اتباعها لتقرير الاختصاص ، وهى خلاصة الأحكام التى أوضح المشرع معالمها فى المواد ١٠٨٩ وما بعدها من التقنين المدنى .

١٤٨ - تقدم الدائن بعريضة تتضمن بيانات معينة الى رئيس

المحكمة الابتدائية المختصة :

نصت المادة ١٠٨٩ أن « على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها » .

فإذا وقعت هذه العقارات فى دوائر محاكم متعددة ، وجب توجيه العريضة إلى رؤساء كل منها فى حدود ولايته . والأمر الصادر من رئيس المحكمة باختصاص على عقار لا يقع فى دائرة محكمته يكون عديم الأثر لصدوره من غير ذى ولاية .

هذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة

من قلم الكتاب مدون فيها منظوق الحكم . وظاهر أن هذا الشرط أساسى ، فهو يلزم الدائن بتقديم السند القضائى الذى يريد أخذ الاختصاص بمقتضاه .

ويجب أيضاً أن تتضمن العريضة بيانات متعددة ، قريبة الشبه بتلك التى استلزمها القانون فى عقد الرهن الرسمى وبصفة خاصة فى قائمة القيد . ويظهر منها أن المشرع استجاب بصدد الاختصاص إلى مبدأ تخصيص التأمين العينى :

١ - اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصيل والموطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة .

٢ - اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

٣ - تاريخ الحكم وبيان المحكمة التى أصدرته .

٤ - مقدار الدين ، فإذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص . وظاهر أن هذا البيان يستجيب إلى مبدأ تخصيص التأمين العينى بالنسبة إلى الالتزام المضمون .

٥ - تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها . وهنا يتمثل حرص المشرع على التمسك بمبدأ تخصيص بالنسبة إلى العقار المحمل بالتأمين القضائى . على أنه مما يؤسف له حذف بيان ورد فى المشروع التمهيدى كان يقضى بتقديم ما يثبت ملكية المدين للعقارات المراد تقرير الاختصاص عليها . وكان فى هذا البيان تيسير للقاضى وهو بسبيل فحص العريضة المقدمة إليه (١) .

ويلاحظ أن المشرع استلزم تقديم سندات تمكن القاضى من تقدير قيمة العقار . ولهذا الشرط حكمة أساسية تتصل بسلطان القاضى فى الحد من وعاء الاختصاص بالقدر الذى يراه كافياً فقط لضمان الوفاء بالالتزام .

(١) راجع مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٧ ص ١٦٩ .

١٤٩ - الاختصاص بتقرر بأمر صدر رئيس المحكمة - سلطته في هذا

الشأن :

يجوز لرئيس المحكمة أن يرفض طلب الاختصاص المقدم من الدائن . وعندئذ يحق للدائن أن يتظلم من الرفض . ويتجه في هذا السبيل إلى المحكمة الابتدائية منعقدة ببيتها كاملة (م ١٠٩٣ من التقنين المدني) . ورفض الاختصاص قد يقع فور تقديم العريضة ، وقد يأتي على أثر صدور الأمر به ثم تظلم المدين من الأمر وقبول هذا التظلم . وأيا ما كانت صورة الرفض فحق الدائن يظل مكفولاً بنص القانون في التظلم منه بالطريقة المتقدمة .

أما إذا قبل رئيس المحكمة تقرير الاختصاص ، فهنا يعبر عن هذا القبول بأمر يصدره ، ويدون في ذيل العريضة المقدمة من الدائن .

ويلاحظ أن القانون قد منح رئيس المحكمة سلطات مرنة في التعديل من طلبات الدائن ، وبصفة خاصة بالنسبة إلى تحديد وعاء الاختصاص . إذ يجب عليه عند الترخيص به أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة ، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها ، إذا رأى أن ذلك يكفي لتأمين الوفاء بأصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائن .

١٥٠ - واجبات قلم الكتاب بعد صدور الأمر بالاختصاص :

وضع المشرع أحكاماً في هذا الصدد ترمي إلى تفويت الفرصة على دائن ما كرسعى إلى تقرير اختصاص على عقارات تجاوز قدر حاجته لضمان الوفاء بالالتزام .

لهذه الاعتبارات المتقدمة أوجبت المادة ١٠٩١ على قلم كتاب المحكمة الصادر منها الاختصاص أن يوثق بأمر صدوره على صورة الحكم أو الشهادة التي تقدم بها الدائن كسند لتقرير الاختصاص . فإذا تقدم الدائن بهذه الصورة أو الشهادة

إلى رئيس محكمة أخرى لطلب اختصاص بها على عقارات تقع في دائرة هذه المحكمة ، تسنى لرئيسها أن يدخل في تقديره قيمة العقارات التي سبق للدائن أخذ اختصاص عليها .

وقد أمعن المشرع في الاحتياط ، فخشى أن يخفى الدائن صورة الحكم أو الشهادة التي أخذ بها الاختصاص الأول ، وأن يستعمل في طلب اختصاص جديد صورة أو شهادة أخرى يحصل عليها ، فأوجب أيضاً على قلم كتاب المحكمة التي صدر منها الاختصاص أن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم الذي يستند إليه الدائن . ويتحقق بهذا الإخطار هدف المشرع ، حيث يلتزم قلم كتاب المحكمة الأخيرة بالتأشير بالاختصاص على كل صورة أو شهادة يسلمها للدائن (م ١٠٩١ من التقنين المدني) .

أخيراً قدر المشرع أن الأمر بالاختصاص قد يصدر في غيبة المدين ودون علمه ، فالزم قلم كتاب المحكمة باعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا الأمر .

١٥١ - تظلم المدين من الأمر - تحديد مصدر الاختصاص :

قد يتوافر لدى المدين أسباب ودفع تؤدي إلى اقناع القاضي بالعدول عن أمره بالاختصاص . من ذلك مثلاً أن يكون الحكم الذي تقرر الاختصاص بمقتضاه قد افتقد شرطاً من شروطه الأساسية . كأن يطعن فيه بالنقص أو التماس إعادة النظر ويقبل هذا الطعن . وقد يحتاج المدين بأدائه للالتزام الملقى على عاتقه ، أو بانقضاء هذا الالتزام لأي سبب من الأسباب القانونية للانقضاء . بل وقد يقدر المدين أن العقارات التي تقرر عليها الاختصاص تجاوز حاجة الدائن لضمان استيفاء حقه .

في كل هذه الصور المتقدمة وغيرها ، فتح المشرع السبيل أمام المدين للتظلم من أمر الاختصاص . فأجاز له أن يلجأ في هذا الشأن إما إلى القاضي الأمر به ، أو أن يرفع التظلم إلى المحكمة الابتدائية منعقدة بكامل هيئتها .

ويجب على المدين أن يخطر الدائن بالحضور أمام الجهة التي رفع أمامها التظلم. وهنا تبدو أهمية تعيين موطن مختار للدائن في دائرة المحكمة : فإذا تخلف هذا البيان جاز إعلانه في موطنه الأصلي .

على ضوء الفصل في التظلم يتحدد مصير الاختصاص . ويجب أن يتم هذا الفصل على وجه السرعة . وقد تستجيب جهة التظلم إلى طلبات المدين فتلغى الاختصاص . وقد تقنع فقط بقصره على بعض عقارات دون الأخرى . وأخيراً قد تبقى عليه كما صدر الأمر به من رئيس المحكمة الابتدائية .

فإذا تضمن رأى جهة التظلم تعديلاً في أمر الاختصاص ، أوجب المشرع التأشير على هامش القيد (إذا كان الدائن قد أجراه) بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص (المادة ١٠٩٢ الفقرة الثانية) . وينبغي أيضاً اتخاذ هذا الإجراء إذا صدر الأمر أو الحكم بشأن التظلم بتحرير بعض العقارات من الاختصاص الذي تقرر عايتها .

الفصل الثاني

آثار الاختصاص

١٥٢- الاختصاص الذي تم شـهره وفقاً للقانونه يـنـفـع لـمـطـام

الرهن الرسمي - امانة :

نصت المادة ١٠٩٥ على ما يأتي « يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ، ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيـد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وانقضائه . وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » .

يستفاد من نص هذه المادة أن الدائن الذي أخذ اختصاصاً على عقار أو بعض عقارات مدينه ، يتعين عليه أن يبادر بإجراء قيد هذا التأمين القضائي بالطريقة التي رسمها قانون تنظيم الشهر العقاري في شهر الحقوق العينية التبعية .

فإذا تم إجراء القيد احتل الدائن صاحب الاختصاص مركزاً مماثلاً للدائن المرتهن رهنأ رسمياً . فهو يستطيع أن يستوفي حقه من المقابل النقدي للعقار المحمل بالاختصاص حسب مرتبة قيده ، وله أن يتعقب العقار في مواجهة حائزه لمباشرة هذه الأفضلية . بل وتحدد علاقته بالمدين أيضاً طبقاً للأحكام التي سبق بيانها في علاقة الدائن المرتهن بالراهن .

الخلاصة إذن مما تقدم أن الدائن صاحب الاختصاص يكتسب حقاً عينياً تبعياً على العقار يزوده بالسلطات التي يفرض إليها هذا الحق . ولذا نحيل في تفصيل آثار الاختصاص إلى ما سبق دراسته في آثار الرهن الرسمي .

١٥٣ - خروج المشرع عن مبدأ الأسبقية في الفير في حالة الدائن

سبيء النيم :

الأصل في التزام بين عدة دائنين أصحاب حقوق مقيدة على نفس العقار أن العبرة بالأسبقية في القيد . على أن هناك استثناءات تحد من إطلاق هذا المبدأ أشرنا إليها في دراسة التزام الدائن المرتهن رهناً رسمياً مع غيره من الدائنين (١).

ونشير بصفة خاصة بصدد الاختصاص إلى أن الدائن الذي يكتسب هذا الحق بسوء نية ، أى وهو عالم أن المدين قد تصرف في العقار أو رهنه ، لا يجوز له التمسك بالاختصاص في مواجهة المتصرف إليه أو الدائن المرتهن ، حتى ولو قيد حقه قبل تسجيل التصرف أو قيد الرهن .

يتضمن هذا الحكم خروجاً ظاهراً عن مبدأ الأسبقية في القيد عند التزام الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة . وهو خروج يكشف عن اتجاه المشرع في الحد من سريان آثار الاختصاص والتضييق من نطاقه .

١٥٤ - الاختصاص للبردى وظيفته ائتمانية .

ينبغي أن نلاحظ من دراستنا المتقدمة لإنشاء الاختصاص ، أن الدائن لا يسعى لاكتساب هذا التأمين القضائي إلا بمقتضى حكم واجب التنفيذ ملازم للمدين بأداء معين في موضوع الدعوى . وهو بهذه المثابة ضمان خاص يختلف عن الضمانات الاتفاقية .

فقد تبين لنا من دراسة الرهن الرسمي أنه تأمين عيني يتقرر بسلطان الإرادة ، فيكسب المدين الثقة ، ويبعث الطمأنينة في نفس الدائن . وهو على هذا النحو نظام قانوني يدعم الائتمان ، ويسر للمدين الحصول على آجال لتنفيذ التزاماته .

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٠٠ وما بعدها .

ولما كانت هذه هي طبيعة الضمان الخاص الاتفاقى ، فإن ذلك يقتضى أن تطول علاقة الدائن المرتهن بالراهن ، وأن تخضع هذه العلاقة لأحكام تنظيمها . قوام هذه الأحكام أن المدين يظل متمتعاً بالأجل المقترن بالالتزام ، مادام التأمين سليماً وكافياً لبعث الثقة فى نفس الدائن . ويحق للراهن مابقى التأمين قائماً ، أن يباشر سلطات المالك على العقار المرهون . بشرط ألا ينحرف فى ذلك عن الحدود التى لا تلحق الضرر بالدائن المرتهن ، وذلك على النحو الذى فصلناه فى دراستنا لآثار الرهن (١) .

أما الاختصاص فهو تأمين قضائى طارئ ، يلجأ إليه الدائن بعد أن يدرك الالتزام مرحلة حاسمة ، وذلك بصدر حكم به وإلزام المدين بأدائه . عندئذ قد يبادر الدائن بطلب الاختصاص ، حرصاً منه على استيفاء حقه فى القريب العاجل . وهو لا يسعى إليه إلا حيث تساوره المخاوف من أن مدينه غير مضمون اليسار . وأياً ما كان الأمر فالاختصاص فى تقديرنا لا يثير عادة علاقات ممتدة بين الدائن والمدين ، إلا فى الصورة التى يقنع فيها الدائن بهذا الضمان الذى حصل عليه ، فيمنح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام . لهذه الإعتبارات المتقاربة نجد أن الاختصاص فى الصورة المألوفة يكون مقدمة للتنفيذ على المدين ، يضمن فيه الدائن أفضلية تتحدد بمرتبة القيد .

(١) راجع ما تقدم فقرة ٧١ وما بعدها .

الفصل الثالث

إنقضاء الاختصاص وإنقاضه

١٥٥ - الاختصاص ينقضى بأسباب انقضاء الرهن الرسمي أو

بالغاء الحكم الذي تقرر بمقتضاه :

القاعدة العامة التي وضعها المشرع أيضا في م ١٠٩٥ أن الاختصاص ينقضى بنفس الأسباب التي يزول بها الرهن الرسمي . وفي هذا الصدد نحيل إلى ماسبق دراسته تفاديا للتكرار والإعادة (١) .

على أن هناك ملاحظات جديرة بالتسجيل تتصل بأسباب انقضاء خاصة ، ومردّها إلى أن الاختصاص يستند في تقريره إلى حكم ، ويستمد وجوده من أمر القاضي : -

١ - بينا أن الحكم الذي يصلح سنداً لتقرير الاختصاص يجب أن يكون واجب التنفيذ . على أن توافر هذا الشرط لا يمنع من جواز تخلفه في المستقبل . عندئذ ينقضى الاختصاص ، ويزول ما ترتب عليه من آثار . ويتحقق ذلك في حالتين . فقد يكون الحكم قابلاً للطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر . فإذا طعن فيه وقبل هذا الطعن ، فهنا ينقضى الاختصاص . ويكون الحال كذلك إذا كان الحكم مشمولاً بنفاذ معجل . ثم ألغى من محكمة المعارضة أو الاستئناف .

٢ - وقد يتقرر الاختصاص بأمر رئيس المحكمة الابتدائية ، ثم يتظلم إليه

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٢١ وما بعدها .

المدين ، أو يرفع تظلمه إلى المحكمة بكامل هيئتها . فإذا صدر أمر رئيس المحكمة . أو حكمها إذا اجتمعت بكامل هيئتها . بإلغاء الاختصاص الذى تقرر ، نكون أيضاً بصدد صورة من صور الانقضاء . على أنه يراعى أن إلغاء الاختصاص الصادر بأمر رئيس المحكمة ، يجوز للدائن أن يتظلم منه إلى المحكمة التابع لها .

١٥٦ - انقاص الاختصاص :

منح المشرع للقاضى سلطات واسعة فى إنقاص الاختصاص . وهو فى هذا الشأن حرص دائماً على أن تكون العقارات التى يؤخذ عليها الاختصاص بالقدر الضرورى فقط لضمان الوفاء بالالتزام .

فإذا اختل التوازن بين قيمة العقارات المحملة بهذا التأمين القضائى ومقدار الدين المضمون ، جاز انقاص الاختصاص . مثال ذلك أن يكون قد تقرر منذ البداية على عقارات أكثر مما يلزم ، أو تكون قيمة العقارات المحمل بها ارتفعت قيمتها الاقتصادية ، أو أن يتم الوفاء بجزء كبير من الدين .

فى مثل هذه الصور المتقدمة أجاز المشرع فى المادة ١٠٩٤ انقاص الاختصاص إلى القدر المناسب الكافى .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن انقاص الاختصاص يتم إما عن طريق تظلم المدين من الأمر الصادر بتقريره ، أو عن طريق دعوى أصلية بالانقاص إذا انقضى ميعاد التظلم .

ويجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب انقاص الاختصاص . وتتوافر هذه المصلحة بصفة خاصة لدائن صاحب حق مقيد على العقار ولكنه فى مرتبة متأخرة . وتتحقق أيضاً لحائز العقار المحمل بالاختصاص ، بل ولكل دائن عادى باعتبار أن الاختصاص يتضمن إخلالاً بقاعدة المساواة .

ويجب بطبيعة الحال إذا نقل الاختصاص من عقار إلى آخر أن يوثق بذلك في هامش القيد الأصلي . ولا يحتج بهذا الانتقال على الغير إلا منذ تاريخ هذا التأشير :

أما إذا انقص الاختصاص بتحرير بعض العقارات منه فيوثر بذلك أيضا في هامش القيد حتى تمحى آثار هذا القيد بالنسبة إلى تلك العقارات . ولكل ذي مصلحة أن يبادر بهذا التأشير :

ولعل انقاص الاختصاص على النحو المتقدم يكشف عن حرص التقنين المدني على التضييق من آثار هذا التأمين القضائي . فالأصل هو عدم تجزئة التأمين العيني ، والابقاء على حق الدائن حتى يتم سداد الدين بأكمله . أما هنا وبصدد الاختصاص فيمنع القاضي سلطة مرنة يتناول بمقتضاها قدر العقارات المقرر عليها بالتعديل والانقاص .

الباب الثالث

الرهن الحيازي

١٥٧ - تعريف الرهن الحيازي .

الرهن الحيازي نظام قانوني آخر من نظم التأمينات العينية يهدف إلى إثارة الدائن بمركز مفضل ، يكفل له الإفلات من قاعدة المساواة التي تحكم سعي الدائنين العاديين إلى أموال المدين .

وقد نصت المادة ١٠٩٦ في تعريف الرهن الحيازي على ما يأتي « الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون » .

أول ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع اتخذ أساساً له ، العقد الذي ينشئ حق الدائن المرتهن . وفي هذا الصدد يتميز هذا العقد بخضوعه للقواعد العامة في الرضائية . كما يراعى أيضاً اتساع محل الرهن . فهو لا يقتصر على العقار ، بل يتناول بصفة خاصة المنقولات .

وقد استعان القانون في سبيل إدراك الهدف من هذا الضمان الخاص بالأداة الأساسية التي زود بها الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، وصاحب حق الاختصاص ، وهي تقرير حق عيني تبعي على الشيء المرهون .

وسنعنى في دراستنا اللاحقة بتقدير هذه الأداة ، وبيان مضمون حق الدائن

المرتتهن : على أنه يعنينا منذ الآن أن نسجل ، ونترك التفصيل لموضعه ، أن الحق العيني التبعي لا يرد إلا على شيء مادي معين بالذات . وعلى هذا النحو نرى أن رهن الديون لا يقرر حقاً عينياً تبعياً للدائن المرتتهن (١) .

ونكتفي الآن بوضع تعريف عام يصدق على رهن الأشياء المادية . وبهذا الوصف يعتبر الرهن الحيازي نظاماً قانونياً يكفل للدائن بمقتضى تعاقد أبرمه مع الراهن أن يحبس المال المرهون وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي للمال المرهون في أي يد يكون .

١٥٨ - نظرة عامة على الرهن الرسمي والرهن الحيازي :

سنعنى فيما يلي ببيان الخطوط الأساسية التي تكفل استقلال كل من هذين النظامين القانونيين . ونرجىء البحث المفصل لموضع دراسته .

يكتسب الدائن المرتتهن حقه في كل نظام منهما بمقتضى تعاقد يتم بينه وبين الراهن . ولكن يراعى أن هذا التعاقد في الرهن الرسمي لا يستجيب إلى القواعد العامة في رضائية التصرفات القانونية ، بل أحاطه المشرع بشكل خاص جعله عنصراً أساسياً لتكوين الرهن وهو إفراغ الإرادة في شكل رسمي .

أما الرهن الحيازي فينشأ برضاء المتعاقدين ، ولا يلزم لانعقاده أي شكل آخر . هذه الرضائية من مستحدثات التقنين المدني الجديد . فقد كان الرهن الحيازي في ظل القانون القديم خاضعاً لشكلية عتيقة ، وكان يلزم توافرها حتى يعتد برضاء المتعاقدين ، ويكتسب الدائن المرتتهن حقه . وقد تمتأت هذه الشكلية في وجوب تسليم المال المرهون إلى الدائن ، وهو ما يعبر عنه بأن الرهن الحيازي كان من العقود العينية . ثم جاء التقنين الجديد فجعل التسليم التزاماً مترتباً على التعاقد . أما حق الدائن المرتتهن فيكتسب فور انشاء العقد تطبيقاً

(١) راجع ماتقدم فقرة ٢٦ وبصفة خاصة من ٦١ وانظر ما يلي في دراسة خصائص حو الدائن المرتتهن ، ورهن الديون .

لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى التى تقضى بأن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم .

هكذا تحرر عقد الرهن الحيازى من شكاية متقدمة ، لم يكن لها ثمة مبرر سوى أنها من مخافات الشرائع القديمة . على أن مسلك المشرع المصرى فى إخضاع الرهن الحيازى للقواعد العامة ، لم يمنعه أن يعهد إلى انتقال حيازة الشيء للدائن بأداء دور هام فى نفاذ الرهن . وهو دور يتصل بمصالح من يتعامل مع الراهن بشأن المال المرهون . هكذا قرر التقنين الجديد أن انتقال الحيازة إلى يد الدائن المرتهن شرط أساسى للاحتجاج بالرهن فى مواجهة الغير (١).

ولما كانت حيازة المال تنتقل إلى الدائن المرتهن، ترتب على ذلك اختلاف آخر مع الرهن الرسمى . إذ قدر المشرع أن يعهد إلى الدائن المرتهن رهن حيازة، باستغلال المال المرهون واستثماره ، إن كان قابلاً لإنتاج ثمرات ، على أن تستقطع غلة هذا الإستغلال من المصروفات والفوائد وأصل الدين على النحو الذى سنبينه فيما بعد . أما فى الرهن الرسمى ، فيظل العقار المرهون كما علمنا خاضعاً لسيطرة الراهن ، يباشر عليه كافة سلطاته ، وبصفة خاصة يوجه استغلاله ويستأثر بثمراته حتى تلتحق بالعقار بقوة القانون ، إذا شرع فى التنفيذ عليه وسجل تنبيه نزع الملكية .

أخيراً يتميز الرهن الحيازى بحكم خاص من حيث وعاء الأفضلية ، أو بعبارة أخرى من حيث محل التأمين . فبينما نجد الرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار (٢) ، إذ بالرهن الحيازى يتقرر على العقار والمنقول .

(١) يراعى فى هذا الصدد أن التطور الحديث لفكرة الائتمان قد خلق أنواعاً من الرهن ترد على أموال منقولة ومع ذلك تظل حيازتها للراهن . أنظر ماسيل فى دراسة الحيازة كشرط لنفاذ الرهن .

(٢) راجع ماسبق ص ١٥٠ هامش ١ حيث بينا أن الرهن الرسمى قد تقرر بالنسبة إلى طائفة معينة من المنقولات ، ولكن جاء هذا التنظيم خارجاً عن نطاق التقنين المدنى .

بل ولعل الرهون الحيازية الأكثر ذيوها هي تلك التي ترد على منقولات ، باعتبار أن القانون لم يعرف غيرها كنظم اتفاقية للضمان الخاص الذي يقرر على على مثل هذه الأموال .

ويراعى أن المشرع قد أثر المقار بنظم قانونية متعددة ، يستطيع الدائن الالتجاء إليها إذا ما أراد الحصول على تأمين خاص ، بينما يقتصر بالنسبة إلى المنقول على الرهن الحيازى فقط .

وقد تردد على السنة كثير من المشتغلين بالقانون ، أن الرهن الرسمى بأحكامه الحديثة استنفذ أغراض الدائن فى الحصول على تأمين عقارى ، وأن الرهن الحيازى ينبغى أن يقتصر فقط على المنقولات .

ولكن المشرع المصرى انتصر للملكية الإبقاء على الرهن الحيازى العقارى ، وحرص على الدفاع عنه فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . وأقام حججه على ذبوع استعماله فى الريف المصرى ، لاسيما وأن صغار الزراع لم يألّفوا بعد نظام الرهن الرسمى بما يتضمن من أحكام دقيقة فى تطبيقها ، بحساسة فى استعمالها .

وقد كان ماثلاً أمامه بصفة خاصة ، وهو بسبيل تقديم أسانيد دفاعه ، مركز طبقة صغار الزراع الذين لا يمتلكون أكثر من خمسة أفدنة . فزعم أن الرهن الحيازى ينطوى على تيسير للمدين ، لأنه يتم بعقد رضى ، ويتيح استهلاك الدين بالوفاء التدريجى ، من طريق إلزام الدائن باستغلال العقار واستئزال الغلة من الدين . كما روعى أيضاً أن حرمان البيئة الريفية من الرهن الحيازى بعد أن ألغوه وبعد أن ألغى بيع الوفاء ، سيفضى إلى اذعان صغار الملاك إلى البيع تحت سلطان الحاجة والاضطرار ، ولا سيما متى كانوا يملكون أقل من خمسة أفدنة . فالرهن الرسمى لا يقبله الدائن فى الغالب من الأهر فى هذه الحالة ،

لأن المدين يحق له أن يمنع من التنفيذ (١) . ولكن الدائن يقبل رهن الحيازة ، لأنه يهيء وسيلة عملية لاستيفاء الدين عن طريق استنزاله من غلة العقار المرهون . ويحول له فضلاً عن ذلك الحق في حبس العين المرهونة حتى يستوفي حقه (٢) . هذه نظرة عاجلة على كل من الرهن الحيازي والرسمي ، نقنع بها الآن ، ونرجى تفصيل ما يترتب على الاختلاف بينهما من آثار إلى موضع دراسة أحكام الرهن الحيازي .

١٥٩ - خصائص الحق الذي تفرر للدائن المرهون رهناً مبانياً :

هذه الخصائص لن تستوقفنا طويلاً ، إذ يمكن الوقوف عليها مما قدمناه بشأن الرهن الرسمي (٣) . ويمكن القول هنا أيضاً أن الدائن يكتسب حقاً عينياً تبعياً ، وأن هذا الحق لا يتجزأ . أما من حيث طبيعته المنقولة أو العقارية فهي تتنوع بطبيعة الحال وفقاً لتقرير الحق على منقول أو عقار . وفيما يلي نوجز القول في هذه الخصائص المتقدمة .

١ - الدائن يكتسب حقاً عينياً : وقد أشارت إلى ذلك المادة ١٠٩٦ صراحة بقولها ، إن الرهن الحيازي عقد به يلتزم الراهن بتسليم شيء إلى الدائن يربط له حقاً عينياً .

وقد أشرنا من قبل إلى الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية ، واتخذنا موقفاً بوجود الإبقاء عليها . على أنه يلاحظ في هذا الصدد أن الداعي إلى هذا الفقه يسلم في حالة الرهن الحيازي الوارد على عقار antichrese بأن الحق الذي يتولد

(١) راجع ما تقدم ص ١٥٨ في شرح القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية في حدود خمسة أفدنة .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٤٨ .

(٣) راجع ما تقدم فقرة ٢٢ .

عنه يعتبر حقاً عينياً تبعياً (١) . وقد اضطر إلى التسليم بعينية هذا الحق ، استجابة للمعيار التحكمي الذي اتخذه أساساً لتحديد الحق العيني بصفة عامة . فقد قدمنا أن هذا المعيار قوامه تحليل السلطات التي ينحولها حق الملكية . وعلى هذا النحو لا يكون الحق عينياً إلا إذا أجاز لصاحبه الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف (٢) . فلما اصطدم بالرهن الحيازي العقاري . وجد أن الدائن المرتهن يقتصر حقه على استغلال العقار ، والاستئثار بثمرة الغلة مقابل الدين . ولذا اضطر أن يسلم بأن هذا الرهن يكسب الدائن حقاً عينياً .

وقد تمسكنا مع الفقه الراجح ، فأثرنا الإبقاء على الحقوق العينية التبعية بصفة عامة ، وذلك على أساس معيار آخر ، هو أن العبرة بمحل الحق . فإذا كان وارداً على شيء مادي معين بالذات ، كنا بصدد حق عيني . ويتحدد مضمونه بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، بأن له أن يستوفي دينه من المقابل النقدي لهذا الشيء مفضلاً على غيره من الدائنين ، باعتبار أن حقه يتعلق بالكيان الاقتصادي للشيء المرهون (٣) .

هذا المعيار الذي أخذنا به يقتضي إبعاد رهن الديون من نطاق الحقوق العينية إذ أننا لا نسلم بتقرير حق عيني على مجرد مال معنوي وهو الدين (٤) . وسنغني بالإيضاح عن هذا الاتجاه في دراستنا لهذا الرهن .

(١) انظر مقال الأستاذ مكسيم شوفو « تقسيم جديد للحقوق العينية والشخصية » منشور في المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٣١ ص ٦١١ فقرة ٤٩ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٢٧ وما بعدها .

(٣) راجع ما تقدم فقرة ٢٥ ، ٢٦ .

(٤) انظر في هذا المعنى أيضاً حسن كبير الحقوق العينية الأصلية ج ١ فقرة ٢٠ .

٢ - الدائن يكتسب حقاً تبعياً : هذه التبعية لازمت نظم التأمينات في التقنين المصري . وقد حرص المشرع بشأن الرهن الحيازي (المادة ١٠٩٨) على أن يحيل إلى بعض أحكام الرهن الرسمي ، وبصفة خاصة ما جاء في م ١٠٤٢ التي تقرر أن الرهن لا يتفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه . ثم ردد حرصه على هذه التبعية مرة أخرى في م ١١١٢ التي تقضي بأن حق الرهن الحيازي يزول بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة بين انقضاء الحق وعودته .

٣ - حق الدائن لا يتجزأ : هذه هي القاعدة العامة التي وردت في المادة ١٠٤٢ بشأن الرهن الرسمي ، وأحال إليها المشرع في المادة ١٠٩٨ بالنسبة إلى الرهن الحيازي . ومفاد هذه الحصيلة أن حق الدائن المرتهن يتعلق بالشيء المرهون في كل جزء من أجزائه وذلك ضمانا للوفاء بالدين بأكمله . ولا يزول الرهن بصفة جزئية إذا قام المدين بوفاء جزئي . بل يظل الرهن قائما لا ينقضي إلا بالوفاء الكامل للالتزام . على أن هذا المبدأ لا يضع تنظيما آمرا ، ومن ثم يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تعديل أحكامه .

٤ - حق الدائن عقارى أو منقول حسب طبيعة محل الرهن : فإذا ورد على عقار كنا بصدد حق عيني عقارى ، وإذا كان محله منقولا انعكست طبيعة المحل على الحق فيكون أيضا من الحقوق المنقولة . وهو ما أشارت إليه المادة ٨٣ بقولها « يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يرد على عقار ، ويعتبر مالا منقولا ماعدا ذلك من الحقوق المالية » .

١٦٠ - تقسيم :

نترسم في دراسة الرهن الحيازي ، خطة البحث التي سرنا عليها في النظم

الأخرى للتأمينات العينية . فنعني في بادىء الأمر بإنشائه ، ثم نعالج آثاره ،
وأخيراً نتعقبه في زواله .

هكذا نخصص ثلاثة فصول : ١ - الفصل الأول في إنشاء الرهن الحيازي
٢ - والثاني في آثاره . ٣ - والثالث في زواله .

الفصل الأول

إنشاء الرهن الحيازي

١٦١ - تعدد الامتياز الواجب توافرها لإنشاء الرهن الحيازي :

لما كان الرهن الحيازي نظاما قانونيا من نظم الضمان الخاص الاتفاقى ، فإنه من الضروري أن تتنوع الأحكام المتعلقة بإنشائه وفقا لمصالح الأشخاص التى تتأثر بتقرير هذا الضمان .

ووظيفة المشرع الأساسية فى النظم العينية للضمان الخاص الاتفاقى هى الموازنة بين مصالح الدائن المزود بها وصالح الراهن ، ثم رعاية مصالح الغير الذى تتعلق حقوقه بمحل التأمين .

هكذا عنى التقنين المدنى الجديد ، بعد أن أقر رضائية عقد الرهن الحيازي ، بوضع أحكام تتصل بإنشائه بين المتعاقدين . ثم أضافا أحكاما أخرى يلزم توافرها حتى يمكن الاحتجاج بحق الدائن المرتهن فى مواجهة الغير . وهى أحكام تختلف تبعا لاختلاف طبيعة المال الذى يتقرر عليه الرهن .

وفىما يلى نخصص مبحثين ، نبين فى الأول أحكام إنشاء الرهن بين الدائن والراهن . ونعالج فى الثانى سريان الرهن الحيازي على الغير .

المبحث الأول

إنشاء الرهن الحيازي بين الدائن والراهن

١٦٢ - الرهن الحيازي يخضع للقواعد العامة فى رضائية العقود :

أشرنا من قبل إلى أن عقد الرهن الحيازي فى ظل القانون القديم كان من العقود

العينية ، إذ كان يشترط لانعقاده أن يتم تسليم الشيء المرهون . وبذلك استلزم القانون القديم لصحة الرهن الحيازة وضع المرهون في حيازة الدائن المرتهن ، وقضى ببطالان هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه (١) .

أما التقنين المدني الجديد فقد ساير الاتجاهات الفقهية المعاصرة ، فجرد هذا التأمين الاتفاق من ذلك الشكل العتيق ، وجعله رضائياً في تكوينه شأنه شأن أى تعاقد . واعتبر التسليم التزاماً يقع على عاتق الراهن .

على أن المشرع إذ أنكر على انتقال الحيازة أن تقوم بوظيفة انشائية في التعاقد ، إلا أنه جعل منها شرطاً أساسياً لسريان حق الدائن المرتهن في مواجهة الغير (٢) .

يظهر إذن مما تقدم أن الرهن الحيازي رضائي في تكوينه ، وهو بهذه المثابة يخضع للقواعد العامة في إنشاء التصرفات القانونية . على أننا ، وعلى غرار منهج دراستنا للرهن الرسمي ، سنغنى فيما يلي بالكشف عن بعض أحكام تتصل بشخص الراهن ، والمال المرهون ، والالتزام المضمون .

أولاً - الراهن

١٦٣ - يجب أنه يكون أهلاً للتصرف ، مالاً للمال المرهون :

يستفاد من نص المادة ١٠٩٦ أن الراهن قد يكون شخصاً غير المدين الأصلي ، يقدم مالا مملوكا له ضمانا للوفاء بدين الغير ، فيصدق عيه وصف الكفيل العيني ، وأيا من كان شخص الراهن ، يجب أن يتوافر فيه شرطان ، أهلية التصرف ، وملكية المال المرهون :

(١) نقض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ طعن رقم ٥٠ سنة ١٤ قضائية .

(٢) انظر دراستنا التالية في نفاذ الرهن في مواجهة الغير فقرة ١٧١ وما بعدها .

١ - يجب أن يكون الراهن أهلاً للتصرف (١) : يعتبر الرهن من قبيل أعمال التصرف ، باعتبار أن مآله الاحتمالى إلى بيع المال المرهون واستيفاء الدين من ثمنه . وعلى هذا النحو يلزم لوقوعه صحيحاً أن تتوافر في الراهن الأهلية القانونية للتصرف (٢) .

٢ - يجب أن يكون الراهن مالكا للمال المرهون : لم يضع المشرع نصاً صريحاً بشأن هذا الشرط (٣) ولكنه يستفاد بطبيعة الحال من الأصول العامة التي تحرم على الشخص أن يتصرف في مال ليس له ولاية التصرف فيه . بل وهو يستخلص بطريقة ضمنية من نص المادة ١٠٩٨ التي تضمنت إحالة صريحة إلى الحكم الوارد في باب الرهن الرسمى بشأن رهن ملك الغير .

ولعل المشرع تفادى النص على وجوب تملك الراهن للمال المرهون ، تقديرأ منه أن الرهن الصادر من غير مالك قد يقع صحيحاً إذا ورد على منقول ، واعتصم الدائن بحسن النية في حيازته .

١٦٤ - رهن ملك الغير - اصطدام الامتصاص التي أوردتها المشرع

بقاعدة الجبارة في المنقول سند الحائز :

نصت المادة ١٠٩٨ على أنه تسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ .

(١) راجع ما تقدم فقرة ٣٨ بالنسبة لأهلية الراهن في الرهن الرسمى .
(٢) يلاحظ في هذا الشأن ما جاء في المرسوم بقانون رقم ١١٩ الخاص بالولاية على مال . ويستفاد منه أنه إذا كان ولي القاصر هو الأب ، جاز له التصرف في أموال القاصر إلا بالنسبة لأنواع خاصة من التصرفات كالصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها عن ثلاثمائة جنيه ، ففي هذه الصورة يلزم إذن المحكمة (م ٧) . أما إذا كانت الولاية للجد ، فقد نصت المادة ١٥ على أنه « لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » . أما الوصى فهو ممنوع أيضاً من ولاية التصرف بغير استئذان المحكمة .

(٣) - قد تضمن المشروع التمهيدى نص المادة ١٥٣١ الذى يقرر « يشترط فيمن يرهن شيئاً ضماناً لدين عليه أو لدين على غيره ، أن يكون مالكا للشيء المرهون وأهلاً للتصرف فيه » ورأت لجنة المراجعة حذف هذه المادة اكتفاء بالإحالة المقررة في أحكام الرهن الحيازي إلى المادة المخصصة لرهن ملك الغير في الرهن الرسمى راجع مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٩٢ .

وعلى هذا النحو تسرى كافة الأحكام التي سبق بيانها في دراسة الرهن الرهنى (١) .

خلاصة ما قدمناه في رهن ملك الغير ، أن الجزء الذى يصيبه يتحدد على ضوء الهدف من تقرير عدم صحته . فهو معيب لصدوره من غير مالك ، فإذا زال هذا العيب جاز تصحيحه . ويتحقق ذلك إذا أقره المالك الحقيقى ، أو إذا أصبح الراهن مالكا للمال المرهون ؟

وتقتضى الأحكام المتقدمة أن نورد عليها التحفظات الآتية بالنسبة إلى الرهن الحيازى :

١ - إذا أقر المالك الحقيقى الرهن الوارد على مال مملوك له ، لا يلزم بطبيعة الحال أن يعبر عن إرادته فى ورقة رسمية . فالرسمية لم يشترطها المشرع للتعبير عن إرادة المتعاقدين فى الرهن الحيازى ، وعلى ذلك لا يتصور استلزامها لتصحيح رهن ملك الغير .

٢ - تصطدم أحكام رهن ملك الغير فى هذا الصدد بقاعدة الحيازة فى المنقول . سند الحائز .

استجاب التقنين المدنى الجديد لإجماع الفقه الحديث على أن هذه القاعدة لا يقتصر نطاق تطبيقها فقط على من يحوز منقولا بقصد اكتساب ملكيته ، بل هى تحمى أيضا من تتوافر له حيازته بنية اكتساب أى حق عينى آخر عليه مثل الرهن . وبذلك نصت المادة ٩٧٦ من التقنين المدنى على أن « من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقاً عينياً على منقول أو سند الحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته ، والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك » .

(١) راجع ماتقدم فقرة ٤٠ ص ٨٦ وما بعدها .

وقد خصص المشرع هذا الحكم بالنسبة إلى الرهن الحيازي فجاء في م ١١١٨ أن الأحكام المتعلقة بالآثار التي ترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول . وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون .

يستفاد من النصوص المتقدمة أن نطاق تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز يقتصر على المنقولات المادية والسندات لحامله ، وذلك بشرط أن يكون الدائن حسن النية ، مستندا إلى سبب صحيح ، عندئذ يجوز له الاحتجاج بالرهن في مواجهة المالك الحقيقي .

والسبب الصحيح هو العقد الذي لا يعيبه سوى صدوره من غير مالك . أما حسن النية فهو جهل الدائن المرتهن بأن المنقول لم يكن مملوكا للراهن . ويلاحظ أن المشرع لم يقنع بتوافر حسن النية وقت انعقاد السبب الصحيح وهو عقد الرهن ، بل استلزم أن تكون متوافرة عند انتقال الحيازة . ويستفاد هذا الشرط من المادة ٩٧٦ في فقرتها الأولى التي تشير إلى حسن نية الحائز وقت حيازته . وعلى هذا النحو إذا كان الدائن المرتهن حسن النية وقت انعقاد الرهن ، ثم علم عند تسليم المنقول المرهون بأنه مملوك الغير ، جاز لصاحب المنقول أن يطالب باسترداده ، وامتنع على الدائن أن يعتصم بحسن نيته .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن مجرد الحيازة تعتبر قرينة على توافر حسن النية والسبب الصحيح . وعلى من يدعى العكس أن يثبت ما يدعيه ، وله في سبيل ذلك أن يستخدم كافة طرق الإثبات (١) .

وقد استجاب المشرع بهذا الحكم إلى طبيعة الأشياء المنقولة فأراد أن ييسر تداولها وبذلك جعل حيازتها قرينة على شرعية مركز حائزها .

(١) أنظر ديكوتينيه « القرائن في القانون الخاص » رسالة من ليل ١٩٥٠ ص ٢٠٥ .

بل وربما قدر المشرع أن الحائز جدير بالحماية ، حينما يعتقد في سلامة مظهر
الراهن بأنه يملك المنقول المرهون ، والحائز أولى بالرعاية من المالك الحقيقي الذي
سام في إيجاد هذا المظهر الكاذب بتركه المنقول في يد شخص آخر (١) .

على أن الحكمة من حماية الحائز تتخلف إذا كان المنقول الذي اكتسب عليه
حقه قد أفلت من سيطرة مالكه بالسرقة أو الضياع . ففي هذه الحالة لا يمكن أن
ينسب إلى المالك الخطأ في اصطناع مظهر كاذب أدى إلى خديعة الدائن المرهّن .
لذلك نصت المادة ٩٧٧ في فقرتها الأولى على أنه « يجوز للمالك المنقول أو السند
لحامله إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائز له بحسن نية وذلك
خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » .

يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع لم يتخلى عن مالك المنقول إذا لم يكن له
ذنب في إيقاع الغير في الخطأ ، باكتساب حقوق على منقول من غير مالكه .

(١) يتجه جانب من الفقه إلى اعتبار قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز تطبيقاً من تطبيقات
نظرية المظهر . انظر في هذا المعنى بيدان وفواران ج ٤ فقرة ٧٣٢ - وفي تأصيل القاعدة من الوجهة
التاريخية بلاينول وريبير وبيكار ج ٣ فقرة ٣٦٩ . وانظر في نقد اسناد هذه القاعدة بصفة مطلقة
إلى نظرية المظهر عبد الباسط جميعي في رسالة عن نظرية الأوضاع الظاهرة (على الآلة الكاتبة)
ص ٤٤٣ وما بعدها .

والواقع أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز تعتبر ، فضلاً عن دورها في الإثبات ، قاعدة
موضوعية وهي بهذه المثابة وسيلة لاكتساب الحقوق على المنقول . ويقرر بيدان وفواران أن هذه
الوسيلة ليست سوى تطبيقاً لنظرية المظهر (المرجع السابق) ، وذلك على أساس أنه من العسير
إن لم يكن من المستحيل الاستقصاء عما وراء المظهر بالنسبة للمنقولات . ولما كانت هذه هي الحكمة
من قاعدة الحيازة ، لذا يجب استبعادها عند تخلف حسن النية .

ويشير الزميل في رسالته السابق الإشارة إليها ، أنه لا يكفي للانخداع بالمظهر بشأن قاعدة الحيازة
أن يتعامل مع شخص اعتقد بحسن نية أنه صاحب الحق ، بل يجب أن يقتصر التعامل بالسيطرة المادية
على الشيء . وبعبارة أخرى أن هناك عنصراً جديداً يضاف إلى مجرد الانخداع بالمظهر ، وهو وضع
اليد على الشيء . وبذلك تنتقل القاعدة من نطاق نظرية المظهر إلى نظرية الحيازة .

ويضيف الزميل أنه إذا كان الأمر يرجع إلى فكرة المظهر وحماية من يخدع به ، عند وجود
اعتبارات جدية تبرر تلك الحماية ، فبماذا نفسر جواز استرداد المالك للمنقول إذا كان مسروقاً ؟

ولكنه من ناحية أخرى أراد أن يكفل للمعاملات استقراراً ، فقيّد حق المالك في الاسترداد خلال فترة معينة لا تتجاوز ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة .

ولما كان القصد من تحديد هذه المدة هو انطباق هذه القاعدة العامة في الحياة بانقضائها ، فإنه من المتفق عليه أن هذه المدة هي ميّعاد مسقوط وليست مدة تقادم مسقط . وبذلك فهي لا تخضع لحكم 'لا يقف الذي يسرى على التقادم (١) ' .

ولقد انتصر المشرع مرة أخرى لمصلحة الحائز حسن النية فوضع في الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ حكماً جاء فيه « فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه » .

يتضح من هذا الحكم الأخير أن مشتري المنقول حسن النية إذا اشتراه في سوق عام أو مزاد علني ، أو من تاجر يتجر في هذا المنقول ، فإن له أن يطلب من المسترد أن يعجل له الثمن الذي دفعه . وعلى الحائز في هذه الحالة أن يثبت شراؤه للمنقول في ظرف من الظروف التي تشير إليها هذه الفقرة السابقة .

الظاهر من الحكم المتقدم أن المشرع قد انصرف نيته إلى تقريره لصالح مشتري المنقول . وقد أثير التساؤل هل ينسحب تطبيقها على الدائن المرتهن ؟ فإذا حاز المنقول على سبيل الرهن ، وطالبه المسترد برده باعتبار أنه مفقود أو ضائع ؟ هل يحق له أن يعلق هذا الرد على وجوب التعجيل بسداد الدين الذي ارتهن المنقول ضماناً للوفاء به ؟

اختلف الفقه في هذا الشأن . فاتجه بجانب منه إلى القول بأن المادة ٩٧٧

(١) راجع في هذا المعنى اسماعيل غانم مذكرات في الحقوق العينية الأصلية ١٩٥٨ ص ١٣٨ - وانظر أيضاً في التفرقة بين ميّعاد السقوط والتقادم المسقط الدكتور عبد المنعم البدر أوى « أثر مضي المدة في الالتزام » رسالة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ١٩٥٠ ص ٤٣ وما بعدها .

في فقرتها الأخيرة لاتعني سوى مشتري المنقول، ومن ثم يقتصر نطاق تطبيقها على شراء المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علني أو من يتجر في مثله . وعلى ذلك لا يحق للدائن المرتهن الاستفادة منها والامتناع عن رد المنقول المرهون حتى يستوفي دينه (١) .

وذهب رأي آخر إلى أن الأحكام التي وردت في حيازة المنقول لا تقبل التجزئة ، ومن ثم ينسحب تطبيقها على كل صور الحيازة . وعلى هذا النحو ليس ثمة داع لحرقان الدائن المرتهن من التمسك بنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ (٢) .

والغالب من الأمر أن المشرع وهو بسبيل تقرير الحكم المتقدم عنى فقط بعلاج الصورة المألوفة ، وهي شراء المنقول المسروق أو الضائع في سوق عام أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله . ومن ثم يبدو لنا أن الرأي الأخير الذي يطلق هذه الحماية فيجعلها شاملة للدائن المرتهن يستقيم مع تحقيق الانسجام بين مختلف أحكام الحيازة في المنقول . بل ولعله أيضاً يستجيب إلى ما جاء في نص المادة ١١١٨/٢ . فهي تتضمن إحالة كاملة إلى القواعد العامة في حيازة المنقول . وعلى هذا النحو ينبغي القول بتمكين الدائن المرتهن من غير مالك من الامتناع عن رد المنقول لطالب استرداده حتى يستوفي منه دينه ، إذا كان الرهن قد تم في ظرف من الظروف التي تقتضيها المادة ٩٧٧ في فقرتها الثانية .

(١) راجع في هذا المعنى محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٢ - سليمان مرقس فقرة ٢٣٨ . أنظر جمال الدين زكي ص ٤٨٠ .

(٢) أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٤٧ وما بعدها - شفيق شحاته فقرة ٩٨ - محمد علي أمام فقرة ٣٢٢ ص ٤٦٥ ، وهو يعزز رأيه بأن هذا هو الحكم المأخوذ به في الأمر العالي الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بشأن البيوت المالية المشتتة بتسليف النقود وعلى رهونات .

ولكن ينبغي الإشارة أن توافر شروط انطباق هذه الظروف يبدو لنا عسيراً أو في القليل نادر الوقوع في العمل (١). فليس من المألوف أن يرتهن الدائن من مدينه منقولا في سوق عام أو من مزاد علني . ولعل الصورة التي يحتمل وقوعها ، وهي بدورها ليست مألوفة ، هي ارتهان المنقول من رهن يتجر في مثل هذا المنقول .

وأيا ما كان الأمر فإذا ما كشف العمل عن توافر هذه الظروف لصالح دائن ارتهن منقولا مسروقا أو ضائعا ، جاز له الامتناع عن رده ومطالبة المسترد بالتعجيل بالوفاء بالدين المضمون بالرهن . وغنى عن البيان أن على المسترد إثبات أن المنقول قد أفلت من سيطرته بسرقة أو ضياع ، وعلى الدائن المرتهن حينئذ أن يثبت وقوع الرهن في سوق عام أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثل هذا المنقول .

١٦٥ - لا يلزم أنه تكون ملكية الراهن بآلة بل يجوز أنه تكون

معلقة على شرط :

يجوز أن تكون ملكية الراهن للشيء المرهون معلقة على شرط . والشرط قد يكون واقفاً أو فاسخاً .

فإذا علقّت الملكية على شرط واقف لا يخلو الأمر من أحد فرضين ، أما أن يتحقق الشرط ، فتثبت الملكية للراهن بأثر رجعي ، وهنا يسرى الرهن من وقت نشوئه . وأما أن يتخلف الشرط فيعتبر الراهن وكأنه لم يملك الشيء المرهون أبداً وبالتالي يعتبر الرهن واقعا على ملك الغير (٢) .

(١) أنظر جبريل جايولد انسكاو بيدى دالوز ج ٢ لفظ gage ص ٨٥٤ فقرة ٦٨ .

(٢) راجع ماتقدم في الرهن الرسمي فقرة ٤١ .

ويراعى في هذا الصدد أن أحكام الحيازة في المنقول تلعب دوراً هاماً في اهدار القواعد العامة في رجعية آثار الشرط . فالدائن المرتهن له أن يعتصم بحسن نيته وبالسبب الصحيح ليمتنع عن رد الشيء المرهون . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن المالك تحت شرط واقف ينذر أن تتوافر له حيازة الشيء ، وبالتالي لن يستطيع نقل حيازته إلى الدائن المرتهن ، وبذلك لن يتحقق للدائن المرتهن من الناحية العملية إمكان الاحتجاج بقاعدة الحيازة .

أما إذا كانت الملكية معلقة على شرط فاسخ ، فهنا يعرض أيضاً أحد فرضين . ما دام الشرط لم يتحقق ، يقع الرهن صحيحاً منتجاً لآثاره . وإن تحقق الشرط فهو يزيل الملكية بأثر رجعى ، وعلى هذا النحو فمنطق هذا الأثر يفضى إلى زوال الرهن أيضاً . ولكن هذا الزوال يصطدم في رهن المنقول بأن الدائن المرتهن له أن يتمسك بحسن نيته المستندة إلى سبب صحيح . وبذلك يظل الرهن قائماً رغم زوال الملكية عن الرهن .

ولكن يعرض التساؤل إذا كان محل الرهن الحيازي عقاراً . هل ينعكس الأثر الرجعى لزوال ملكية الراهن ، على الرهن أيضاً فيزيله ؟ يثير هذا التساؤل البحث في مدى انطباق حكم م ١٠٣٤ الذى يقرر حماية خاصة للدائن المرتهن حسن النية من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعى .

١٦٦ - مدى انطباق الحماية الخاصة بالدائن المرتهن حسن النية

المقرر في م ١٠٣٤

قدمنا في دراسة الرهن الرسمى أن المشرع في المادة ١٠٣٤ قد آثار للدائن المرتهن حسن النية بحماية خاصة ، فأبقى على الرهن المقرر على عقار زالت عن الراهن ملكيته بأثر رجعى (١) .

(١) راجع ماتقدم نقرة ٤٧ .

لم تتضمن نصوص الرهن الحيازي إحالة إلى الحكم الوارد في نص المادة ١٠٣٤. ولو توقفنا عند هذا الحد ، لأمكن القول بأن الدائن المرتهن رهنا حيازياً لا يحق له التمتع بهذه الحماية إذا ارتهن عقاراً من ماله ، ثم زالت عنه الملكية بأثر رجعي .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن قانون تنظيم الشهر العقاري في المادتين ١٥ ، ١٧ قد وضع أحكاماً يتسع تطبيقها لكل من اكتسب على العقار حقاً عينياً (١) .

وعلى هذا النحو يمكن الاستناد إلى هذه الأحكام لتحديد مركز الدائن المرتهن وتقرير حمايته . وخلاصة ما قدمناه في أحكام المادتين ١٥ ، ١٧ أن من يطعن في سند ملكية الراهن عليه أن يؤشر بدعواه في هامش تسجيل المحرر الناقل للملكية ، سواء تعلق الأمر ببطالان أو فسخ أو رجوع . وإذا لم يكن المحرر الأصلي مشهوراً ، وجب تسجيل دعوى الطعن ذاتها .

وقد أراد المشرع بهذا الإجراء تنبيه من يتعامل مع مالك العقار ، أن سند ملكيته مهدد بالزوال ، وأن ثمة دعاوى قد رفعت فعلاً بقصد إزالة ملكيته . وعلى هذا النحو يعتبر كل دائن مرتهن للعقار بعد التأشير بدعوى الطعن أو تسجيلها غير جدير بالحماية ، بمعنى أنه إذا قضى للمدعى بدعواه ، فأبطل سند ملكية الراهن أو فسخ أو ألغى ، فإن المدعى يتلقى العقار خالياً من الرهن الذي تقرر بعد التأشير بالدعوى أو تسجيلها .

وعلى النقيض من ذلك لا يؤثر زوال هذه الملكية في بقاء الرهن ، إذا تقرر في تاريخ سابق ، بشرط أن يتوافر لدى الدائن حسن النية على النحو السابق

(١) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٣٢ مكرر - محمد علي أمام فقرة ٣٢٣ - وقارن جمال الدين زكي ص ٤٨١ .

تفصيله في بحثنا للرهن الرسمي (١) .

ولئن أراد البعض الاعتراض على الاستناد إلى نصوص القانون لحماية الدائن المرتهن حسن النية (٢) ، فإننا نرى جواز تقرير هذه الحماية استناداً إلى الاتجاه العام الذي ندافع عنه في وجوب حماية الأوضاع الظاهرة . وبخلاصة هذا الاتجاه هو أن من يثق بحسن نية في سلامة مركز سن المراكز القانونية ، ويجهل أنه مهدد بالزوال ، فهو جدير بالحماية إذا اعتمد على المظهر فتعامل مع شخص آخر على أساسه (٣) . وتطبيقاً لذلك يظل قائماً الرهن الحيازي الصادر من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعي ، ما دام الدائن المرتهن حسن النية يجهل أن ملكية الراهن كانت مهددة بالزوال . وحسن النية . ينبغي أن يتقيد مدلوله على ضوء ماقررت المادة ١٥ ، ١٧ شهر عقارى .

بل وإننا نستبعد أن المشرع يؤثر بالحماية الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، ويضمن بها على المرتهن رهن حيازة . إذ ليس ثمة مبرر للتفرقة بينهما . ومن هنا يتعزز القول بوجوب إطلاق الحماية لتشمل الرهن الرسمي والحيازي على حد سواء .

(١) انظر تحديد معنى حسن النية ما تقدم ص ١٣٦ .

(٢) انظر جمال الدين زكى الاشارة السابقة .

(٣) ويتنزز هذا الاتجاه برأى الشراح الذين يؤسسون حكم المادة ١٠٣٤ على نظرية المظهر أنظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ١٠٠ ، عبد الباسط جمبى في رسالته عن نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٣٦٢ - وذلك على أساس أن الدائن المرتهن حسن النية يتمتع بالحماية لأنه يكون قد تعامل مع شخص يوحى السند الذى بيده بأنه يملك التصرف . والحماية تتم عن طريق عدم إعمال الأثر الرجعى للإبطال ، أو الفسخ أو الزوال فيما يتعلق بالغير الذى كسب حقه بحسن نية

انظر أيضا ما تقدم فقرة ٤٦ في وجوب حماية الأوضاع الظاهرة ، وبصفة خاصة موقفنا من رهن الوارث الظاهر ص ١٣٦ . ولئن كنا آثرنا حماية المرتهن من وارث ظاهر تأسيساً على مبدأ أن الغلط الشائع يولد الحق ، وحماية لحسن النية بالمنع المحدد في موضعه ، فإننا من باب أولى نرى إطلاق تطبيق المادة ١٠٣٤ لتشمل المرتهن رهن حيازة . إذ أنه مادام اعتقد بحسن نية في سلامة مركز الراهن وعدم تهديد ملكية بالزوال ، فهو جدير بالحماية .

١٦٧ - حماية الأوضاع الظاهرة - الرهن الجبازى الصادر منه

مالك ظاهر :

. يمكن أن نقرر بصفة عامة أن كل تنظيم تشريعى لحماية المتصرف إليه من مالك ظاهر يصدق على الدائن المرتهن رهن حيازة . وتطبيقاً لذلك إذا كان الراهن مالكاً للشيء المرهون بسند صورى ، جاز للدائن المرتهن حسن النية أن يحتج بحقه استناداً إلى حكم المادة ٢٤٤ الذى يقضى بأن للخلف الخاص متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصورى . وقد قدمنا فى دراستنا للرهن الرسمى أن المشرع قد غلب مصلحة من يتمسك بالوضع الظاهر ، فأثرها على من يحتج بصورية سند المالك . وهو فى هذا السبيل استجاب إلى حماية الثقة المشروعة وتأمين استقرار المعاملات (١) .

وقد أثير التساؤل فى حالة عدم وجود نص تشريعى يحمى الدائن المرتهن من شخص توافرت فيه مظاهر الملكية على نحو ذاع بين الناس فأوقعهم فى غلط شائع . ونعنى بصفة خاصة حكم الرهن الصادر من وارث ظاهر .

عرضنا فى دراستنا للرهن الرسمى إلى مختلف الاتجاهات فى مدى حماية المتصرف إليه من وارث ظاهر . وخلاصتها أن الفقه والقضاء الراجح فى فرنسا قد استعان بأصل عرفى مستقر فى القانون المدنى ، قوامه أن الغلط الشائع يولد الحق . وعلى هذا النحو يقع صحيحاً الرهن الصادر من وارث ظاهر إذا ما توافرت لدى الدائن حسن النية ؛ وكان ظهور الوارث بمظهر المالك من شأنه أن يوقع الشخص المعتاد فى غلط ، وأصبح هذا الغلط شائعاً بين الناس .

(١) راجع ما سبق فى حماية الأوضاع الظاهرة وحكم الرهن الصادر من مالك بسند صورى أو من وارث ظاهر فقرة ٤٦ ص ١٢١ وما بعدها .

لم يصادف هذا الاتجاه قبولا في الفقه والقضاء في مصر. وقد انتصرنا لوجوب تقرير هذه الحماية استناداً إلى ما استقر عليه الحال في فرنسا ، وتمشياً مع نزعة التقنين المدني الجديد في حماية الأوضاع الظاهرة .

وأياً ما كان الأمر في تقدير رأينا ، فتنبغي الإشارة بصدد الرهن الحيازي الوارد على منقول ؛ أن حماية الدائن المرتهن متفق عليها ، استناداً إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائر .

وعلى هذا النحو يقع ، سارياً في مواجهة المالك الحقيقي ، رهن المنقول الصادر من وارث ظاهر ، إذا انتقلت حيازته إلى الدائن المرتهن بسبب صحيح وتوافر لديه حسن النية . ولا يحق للوارث الحقيقي المطالبة باسترداد المنقول إلا بهدم هذه القرينة .

١٦٨ - لا يشترط أنه تكون ملكية المراهمة خاصة - حكم رهن

المال المملوك على الشيوع :

عنى المشرع بصدد الرهن الرسمي بوضع تنظيم خاص لرهن العقار المملوك على الشيوع . وقد استجاب في معظم الأحكام إلى القواعد العامة التي تنظم التصرف في المال الشائع (١) .

أما في الرهن الحيازي ، فقد جاءت نصوصه خالية من تنظيم رهن المال الشائع ، ولم تتضمن إحالة إلى نص المادة ١٠٣٩ في الرهن الرسمي .

وعلى هذا النحو يخضع الرهن الحيازي للمال الشائع إلى التنظيم العام الذي وضعه المشرع في باب الملكية الشائعة ، وبصفة خاصة يحكم مصيره نص المادة ٨٢٦ من التقنين المدني . ولكن يعيننا أن نشير هنا إلى التصوير الذي تخبرناه لفكرة الأثر الكاشف للقسمة ومدى صلته بما يعبر عنه بالأثر الرجعي .

(١) راجع ما سبق ص ٨٥ فقرة ٤٥ وما بعدها .

وقد بينا من قبل أن وظيفة القسمة هي فض الشيوخ ، وتعيين النطاق المادى لحق كل شريك على نحو يطابق النطاق المعنوى الذى يعبر عنه بنسبة حسابية . والقسمة بهذا الوصف ترتب أثراً كاشفاً ، فهى تزيل الغموض عن ملكية الشريك المشتاع ، وتخصه بنصيب ظاهر المعالم يكفل له الاستئثار بسلطات المالك .

وعلى ضوء هذا التصوير المتقدم لفكرة الأثر الكاشف ، آثرنا من قبل العدول عن فكرة الأثر الرجعى للقسمة (١) ، بما تتضمن من صناعة وافترض مخالف للواقع ، والالتجاء الى وسيلة أخرى تكفل حماية الشركاء من التصرفات التى ينفرد بها أحدهم أثناء قيام الشيوخ . وفى هذا الشأن نحيل للدراسة المفصلة التى عقدهاها للأسس الفنية التى نستهدى بها لبيان وتأصيل الحلول التى أخذ بها القانون (٢) .

وفىما يلى نعرض لحكم تقرير الرهن الحيازى على مال مملوك على الشيوخ . وسنوجز فى هذا البحث ، مع الاحالة فى تفصيله إلى ما سبق دراسته فى الرهن الرسمى .

وتقرن دراسة هذه الحلول بالتصوير الفنى الذى اخترناه للأثر الكاشف للقسمة ، واهدار الأثر الرجعى بالمعنى التقليدى المراد له .

على أن ثمة ملاحظة جديرة بالذكر . وهى أن كافة ما نعرض له من أحكام يجب أن يقترن ، بأن الدائن المرتهن لمنقول يحق له الاعتصام بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز . فإذا كان حسن النية وقت انتقال الحيازة إليه ، وتوافر

(١) انظر ما تقدم ص ١٠٤ وبصفة خاصة هامش ١ - وراجع حسن كيره الحقوق العينية الاصلية ج ١ ص ٣٨٧ وما بعدها - اسماعيل غانم الحقوق الاصلية فقرة ١١٠ وما بعدها .

(٢) راجع ما سبق فقرة ٤٥ وما بعدها .

لديه السبب الصحيح وهو عقد الرهن ، بجاز له الاحتجاج بحقه في مواجهة كافة الشركاء حتى ولو كان تصرف الراهن معيباً لأنه انفراد بإجرائه دون موافقة باقي الشركاء .

إذا ما طرحنا هذا التحفظ جانباً ، نستطيع إيجاز حكم رهن المال الشائع على النحو الآتي :

١ - **الرهن الصادر من جميع الشركاء** : نصت المادة ١٠٣٩ من التقنين المدني بالنسبة إلى الرهن الرسمي ، على أن هذا الرهن يقع صحيحاً ، ويظل قائماً حتى ولو وقع العقار المرهون بعد القسمة في نصيب أحد الشركاء فقط .

وقد اتجه جانب من الفقه إلى أن هذا الحكم استثنائي ينفرد به الرهن الرسمي . إذ أن الإبقاء على الرهن رغم وقوع العقار في نصيب شريك واحد ، يجعل الشركاء الآخرين في مركز من رهنوا ملك الغير ، باعتبار أن الأثر الرجعي للقسمة يفضي إلى أنهم لم يكونوا مالكين من قبل لهذا العقار الذي اختص به أحدهم (١) .

وقد يصلح سنداً لتأييد هذا الاتجاه ما جاء في المادة ٨٤٣ من التقنين المدني التي تنص على أنه « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص » .

الاستجابة المطلقة إلى حكم هذه المادة أفضى بالرأى المتقدم إلى القول بأن الرهن الحيازي لمال مملوك على الشيوع إذا صدر من جميع الشركاء ، يظل مصيره معلقاً على نتيجة القسمة فهو يبقى قائماً إذا وقع المال المرهون في أنصبة الشركاء الذين عقدوا الرهن . ولكن إذا اختص به أحدهم ، فإن الرهن يقتصر فقط على قدر من المال ، يعادل حصة هذا الشريك . أما الأجزاء

(١) أنظر عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٥٥ فقرة ٤٣٥ مكرر .

الأخرى من هذا المال فلا يصيبها الرهن إلا إذا أقر الشريك بعد القسمة الرهن الصادر من شركائه .

على أن هذا النظر المتقدم يستجيب إلى إطلاق فكرة الأثر الرجعى على نحو يجاوز في تقديرنا الحكمة من الأخذ بها .

وقد سبق لنا أن وجهنا النقد إلى نص المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى التى تطلق فى صياغتها الأثر الرجعى ، فتؤدى إلى إنكار حقيقة الشيوع الذى استمر خلال فترة كثيرا ما تطول ، بل وتفضى أيضا إلى اصطناع حكم لا يستجيب إلى الواقع . فالقول بأن الشريك تصرف فى ملك الغير أثناء الشيوع ، بجانب الصواب . ذلك أن كل شريك مشتاع كان يملك فى كل المال الشائع . ولكنها ملكية ذات طابع خاص . يظهر ذلك أولا من حيث محل الحق ، إذ لا يختص الشريك باستثناء مانع على محل الملكية ، بل يتعدد الملاك بقدر عدد الشركاء ، وينصب هذا التعدد على محل واحد هو المال الشائع كله . ثم ينعكس هذا الطابع الخاص نتيجة للخصيصة السابقة ، على مضمون الملكية بما تخول من استعمال واستغلال وتصرف . فيتقيد حق كل شريك فى مباشرة هذه السلطات بمزاحمة الشركاء الآخرين ، وعلى هذا النحو يتجرد من التسلط الانفرادى المانع الذى تتميز به الملكية فى صورتها المألوفة ، ويتمثل فى تسلط جماعى يعبر عن مصالح الشركاء مجتمعين .

ووظيفة القسمة هى فض الشيوع ، ورد الملكية إلى صورتها المألوفة ، بإزالة التعدد الوارد على محلها ، وإقصاء المزاحمة عن السلطات التى تخولها . ويتحقق ذلك بانكماش النطاق المادى لحق الشريك المشتاع على نحو يجعله مطابقاً للنطاق المعنوى ، الذى يعبر عنه بنسبة حسابية كالنصف أو الثلث . وبذلك يستقر حقه على نصيب متضح المعالم ، يختص به وحده ، وينفرد بإزائه بمباشرة سلطات المالك . وهذا هو ما يعنيه الفقه الحديث بالأثر الكاشف للقسمة .

هذا الاثر الكاشف يقتضى التسليم بأن الشريك المشتاع يتلقى نصيبه بعد

القسمة خاليا من الحقوق والتكاليف العينية ، التي انفرد أحد الشركاء الآخرين بتقريرها خلال الشروع . في فترة لم يكن له الحق في الاستئثار بالتصرف . وهنا يبرز المعنى الحديث للأثر الكاشف للقسمة .

إذ مادام الشريك المشتاع لا يستأثر بنصيب مفرز أثناء قيام الشروع ، بل تزاحم حقوق الشركاء على الشيء كله ، فإنه من الضروري أن تتقيد سلطة كل شريك في التصرف بعدم الاضرار بحقوق الشركاء الآخرين .

على ضوء هذا النظر يظهر عدم جدوى الأثر الرجعي . فتصرف الشريك أثناء الشروع ولو أنه صادر من مالك ، فهو لا يسرى في مواجهة شركائه ، إذا كان فيه مساس بحقوقهم . وذلك لأنه تجاوز مضمون حقه ، فانفرد باجراء تصرف لم يكن له ولاية ابرامه ، نتيجة لتزاحم حقوق زملائه مع حقه (١) .

ويقتضى هذا التصوير الذي تخيرناه لتفسير نص المادة ٨٤٣ ، ولتحديد دلالة الأثر الكاشف للقسمة وإنكار الأثر الرجعي لها ، أن الرهن الحيازي الذي يقرره جميع الشركاء أثناء قيام الشروع ، يقع صحيحا ويظل قائما ، حتى ولو اختص أحد الشركاء دون غيره بهذا المال .

ونستعين في تأصيل هذا النظر بأن الحكمة من عدم تأثر الشركاء بتصرف ينفرد به أحدهم تنبئ بصدور الرهن من جميع الشركاء . فاشترأ كلهم جميعا في رهن المال يعبر عن إرادة جماعية كان لها ولاية التصرف وقت إجرائه . ولا يجوز للشريك الذي اختص بالمال الشائع بعد القسمة أن يشكو ضررا ، لأنه عبر عن رضائه بالرهن .

(١) راجع في فساد اطلاق الأثر الرجعي اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١١ - حسن كيره

وبهذا التصوير المتقدم لا يكون الحكم الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ في الرهن الرسمي استثناء من القواعد العامة كما يقول بعض الشراح (١) بل ينطبق حكمها على الرهن الحيازي. وعلى هذا النحو يقع صحيح الرهن الحيازي الذي يقرره جميع الشركاء أثناء قيام الشيوع. ويظل قائماً حتى ولو اختص أحد المتقاسمين دون غيره بالشيء المرهون (٢).

٢- رهن الحصة الشائعة: إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في المال فهو بذلك يعقد تصرفاً في نطاق حقه. وفي هذا الشأن تنص المادة ٨٢٦ على أن كل شريك يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها.

فإذا وقعت القسمة استقر حق الدائن المرتهن على النصيب الممنز للشریک الراهن بالقدر المعادل لقيمة الحصة الشائعة المرهونة.

وقد أثير الشك في ظل القانون القديم حول جواز الرهن الحيازي للحصة الشائعة، باعتبار أن عقد الرهن كان يشترط لانعقاده انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن. وكانت الحيازة المقصودة في نظر القضاء المختلط هي الحيازة الفعلية، وقد لا يتيسر تحقيقها بشأن الحصة الشائعة.

أما في ظل التقنين المدني الجديد فيجب التسليم بصحة عقد الرهن الحيازي لحصة شائعة. ويقع على الراهن التزام بتسليم المال المرهون. وعليه في هذا السبيل أن يمكن الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون. ويتيسر أدراك هذه الغاية بعدة وسائل. فقد يترضى منع زملائه على قسمة مهايأة، وبذلك ينقل إلى الدائن حيازة نصيب مفرز. وقد يتفق معهم أيضاً على أن يحوز الدائن

(١) في هذا الاتجاه شفيق شحاته فقرة ١١١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٣٥ مكرر -

سليمان مرقس ص ٢٤٦ هامش ١.

(٢) في هذا المعنى إسحاق غانم. المرجع السابق فقرة ٩٥ - حسن كبير. المرجع السابق فقرة ١١٨.

المرتهن المال الشائع كله ، وتكون حيازته في هذا الشأن لأنصبة باقي الشركاء على أساس الوكالة مثلاً في إدارة هذا المال . بل وربما يعهد إلى أحد الشركاء بحيازة المال الشائع ، ويصدق عليه في هذه الحالة بالنسبة إلى الحصة الشائعة المرهونة وصف « العدل » . وقد أجاز القانون في نص المادة ١٠٩٦ أن يتفق المتعاقدان على تسليم المال لمرهون إلى شخص آخر .

٣- ر هي الحصة المفروزة: يقع أيضاً هذا الرهن صحيحاً ، ولكن يتوقف مصيره على نتيجة القسمة . فإذا اختص الشريك بهذه الحصة المفروزة استقر الرهن عليها . أما إذا وقعت في نصيب شريك آخر ، فهنا تبرز فكرة الأثر الرجعي للقسمة بالمعنى الضيق الذي تخبرناه . إذ لا يجوز أن يضار هذا الشريك ، من تصرف انفراد أحد زملائه بإجرائه . وعلى هذا النحو تخلص له حصته محررة من الرهن المقرر عليها .

ولكن المشرع لم يترك الدائن المرتهن بلا حماية . بل أجاز له أن يطالب بإبطال الرهن إذا كان يجهل أن الحصة المفروزة التي تقرر عليها كانت مماوكة على الشيوع . وحقه في الإبطال هنا يستند إلى القواعد العامة في الغلط ، إذ أنه لم يعلم بصفة جوهرية في الشيء ، ولو علم بها لما أقدم على التعاقد .

أما إذا كان الدائن المرتهن على علم بأن الراهن يملك الحصة المرهونة على الشيوع ، فهنا يمتنع عليه التمسك بإبطال العقد . عندئذ ينطبق الحكم الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ (١) ، فينتقل الرهن من الحصة المفروزة التي تقرر عليها حق الدائن المرتهن ، إلى قدر معادل لها في النصيب الذي اختص به الشريك الراهن .

(١) نصت المادة ٨٢٦ في فقرتها الثانية على أنه « إذا كان التصرف منصبا على جزء مقرر من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة ، الحق في إبطال التصرف » .

يظهر مما تقدم أن المشرع استجاب لذكر الأثر الكاشف بمعناه الذي تقدم لنا بيانه ، فاحترم حق كل متقاسم في أى تخاص له حصته محررة من الحقوق العينية التي انفرد شريك آخر بتقريرها . ولكنه قرر حماية المتصرف اليه (وهو الدائن المرتهن في نطاق بحثنا) ، فأوقع التصرف بعد القسمة على الجزء الذي آل إلى نصيب المتصرف (وهو الراهن) .

وتنبغي الإشارة بصفة خاصة أن الحكم المتقدم يصدق على الرهن الحيازي تطبيقاً للقواعد التي جاءت في نص المادة ٨٢٦ . وقد حرصنا على عدم الإحالة إلى نص المادة ١٠٣٩ ، لأنها تضع في صورة من صور تطبيقها حكماً استثنائياً لا يجوز الأخذ به بلا نص صريح (١) .

وبيان ذلك أن القاعدة العامة في التصرف في المال الشائع تتناول الصورة التي يرد فيها التصرف على جزء مفرز من نفس المال ، ثم تقع القسمة فيختص الشريك بجزء مفرز آخر . مثال ذلك أن يرهن شريك قطعة معينة الحدود في أرض زراعية مملوكة على الشيوع ، ثم تسفر القسمة عن اختصاصه بقطعة أخرى . هنا يستقر حق الدائن المرتهن على هذه القطعة الأخيرة تطبيقاً لنص المادة ٨٢٦ .

أما الحكم الوارد في نص المادة ١٠٣٩ بشأن الرهن الرسمي ، فيستفاد منه أن المشرع قد افترض تعدد العقارات المملوكة على الشيوع . فحكم بأن الرهن الصادر من شريك على حصة شائعة أو جزء مفرز من عقار ، ينتقل في حدود قيمة الرهن إلى قدر من الأعيان التي اختص بها هذا الشريك إذا لم يقع العقار المرهون في نصيبه .

(١) أنظر أيضاً في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٥٧ وما بعدها وراجع ما تقدم
فقرة ٤٥ مكرر من ١١٧ .

في هذه الصورة أخذ المشرع بحكم بعيد المدى ، فهو يقرر مبدأ الحؤول العيني بنقل الرهن من عقار إلى آخر . أما القاعدة العامة الواردة في نص المادة ٨٢٦ ، فيظهر من صياغتها أن المتصرف في حصة منرزة ، يستقر على الحصة التي تؤول للشريك المتصرف في نفس المال الشائع .

وعلى هذا النحو يخضع الرهن الحيازي للقاعدة العامة التي تحكم التصرف في المال الشائع ، ولا ينبغي الإحالة بشأنه إلى الأحكام الخاصة التي أثر المشرع بها الرهن الرسمي .

تعلق هو الدائن المرتهن بالمقابل النقدي الذي يستحق للشريك الراهن :

قدمنا في دراسة مضمون الأفضلية بصدد الرهن الرسمي أن حق الدائن المرتهن يرد على المقابل النقدي الذي يستحق عن العقار المرهون .

ونرى أن هذه الصياغة المقترحة للأفضلية ينبغي أن نطلق أثرها بالنسبة إلى كافة الحقوق العينية التبعية ، باعتبار أن حق الدائن يتعلق بالقيمة الاقتصادية للمال المرهون (١) .

وتطبيقاً لهذا الاتجاه إذا لم يقع في نصيب الشريك الراهن أى جزء من المال الشائع ، بل اختص مقابل حصته بمبلغ من النقود ، فإن الدائن المرتهن يتعلق حقه بهذا المبلغ (٢) .

(١) راجع ماتقدم ص ١١٦ ، وبصفة خاصة في دراسة وعاء الأفضلية فقرة ٩٠ وما بعدها .
(٢) أحال المشرع بصدد الرهن الحيازي في م ٢/١١٠٢ إلى حكم م ١٠٤٩ التي تعلق حق الدائن المرتهن بالمقابل النقدي الذي يستحق عن هلاك العقار المرهون كموض التأمين أو مبلغ التمويض أو مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . ولكنه لم يطلق هذه الإحالة بالنسبة إلى م ١٠٥٦ التي تقرر أن الدائن المرتهن رهنا رسمياً يستوفى حقه من ثمن العقار أو من المال الذي حل محله (راجع ما سبق فقرة ٩٤) .
ولكننا نميل مع ذلك إلى القول بأن الأفضلية التي يخولها الحق العيني التبعية ، وبصرف النظر =

ثانياً — المال المرهون

١٦٩ — تنوع الاموال القابلة للرهن الحيازي :

نصت المادة ١٠٩٧ من التقنين المدني على ما يأتي « لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول أو عقار » .

يستفاد من نص هذه المادة أن الرهن الحيازي في القانون المصري تأمين اتفاقي يرد على العقار والمنقول (١) . وقد أشرنا من قبل إلى أن تمت محاولات

= عن نصوص القانون ، تتضمن تمكين الدائن المرتهن المزود بهذا الحق من استيفاء دينه من المقابل النقدي للمال المحمل بالتأمين . هذه الصياغة المطلقة للأفضلية تلائم طبيعة الحق العيني التبعي . فهو ينصب على المال المحمل بالتأمين في كيانه الاقتصادي ، فيعلق حق الدائن بكل ترجمة نقدية للمال . بل ولا يجوز الاحتجاج بصدد رهن المال الشائع ، أن عدم وقوع أي جزء منه في نصيب الراهن يجعله في حكم من تصرف في ملك الغير . فقد بينا أن هذا الافتراض يجب الاستغناء عنه ، والاكتفاء بالأثر الكاشف للقسمه لحماية الشركاء الآخرين . وهذا يفترض أن تخلص الحصص المرهونة إلى نصيب المتقاسم محرورة من الرهن . ولكن يتعلق حق الدائن المرتهن بالمقابل النقدي الذي اختص الراهن به نتيجة القسمه .

(١) الرهن الحيازي في القانون الفرنسي nantissement ينقسم إلى نوعين ، يتميز كل منهما بطابع خاص وآثار مختلفة . فهو إذا ورد على عقار يسمى antichrèse ، وإذا كان محله منقولاً سمي gage . والرهن العقاري تقتصر فيه سلطات الدائن على حقه في استغلال العقار ، واستئصال الدين والفوائد من غلة هذا الاستغلال . ويحق له أيضاً حبس العقار تحت يده حتى يستوفي دينه ، ويحتج بهذا الحبس في مواجهة كل دائن عادي ، وكل دائن مزود بتأمين قام بشهره في تاريخ لاحق على تسجيل الرهن . وإذا باشر إجراءات بيع العقار فليس له أفضلية على منعه بل يخضع لقاعدة المساواة — (راجع بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٣٧ حيث يرى أن حق الدائن في حبس العقار ينحول أفضلية واقعية — كما أن بعض الشراح يقررون له امتيازاً على ثمن العقار) . أما رهن المنقول فهو لا يمنح الدائن الحق في استثماره ، ولكن تنتقل إليه حيازة الشيء فيحتفظ به كضمان للوفاء بدينه ، فإذا لم يستوف حقه جاز له إجراء بيعه ، وهو في هذا الصدد يشترك في توزيع الثمن كدائن ممتاز حسب المرتبة التي ينحويها الرهن . ومن هنا يظهر إذن أن التأمين العقاري في صورته الحيازية أداة قانونية تقتصر على تأمين الدائن باستهلاك الدين من ثمرات العقار ، أما التأمين الوارد على المنقول فيمكن الدائن من أن يباشر الأفضلية على الثمن . (راجع كانكارليه =

قد بذلت لإلغاء الرهن الحيازي العقاري في المرحلة النهائية لإعداد المشروع . ولكن ذبوعه في البيئات الريفية ، واعتياد صغار الزراع عليه . غلب الاتجاه الذي كان يدافع عن الإبقاء عليه . لاسيما وأنه لا يقتصر على كونه وسيلة من وسائل الضمان الخاص . بل هو أداة فعالة لتكوين الدائن من استيفاء دينه ، وذلك عن طريق إلزامه باستغلال العقار على نحو يغل أكثر الثروات ، ومنها يستطيع استهلاك الدين وما يتصل به من مالحقات (١) . وهو بهذه المناطة يكفل الوفاء التدريجي للديون .

المقاربات : اسنا في حاجة إلى إعادة النظر في وعاء هذا التأمين الحيازي إذا كان منصبا على العقار ، إذ يكفي في هذا الصدد ما سبق تفصيله في دراسة الرهن الرسمي .

ولكن ينبغي الإشارة فقط أن تحديد ملحقات العقار في الرهن الحيازي يقع في الغالب من الأمر وفقاً لاتفاق المتعاقدين ، وذلك باعتبار أن حيازة العقار تنتقل إلى الدائن . فهو الذي يوجه استغلاله ، ويحصل على ثمراته لخصمه من الدين وملحقاته .

على أنه لو خصص المالك منقولات معينة لخدمة العقار أو استغلاله اعتبرت

= la notation de gage en droit privé رسالة من بوردو ١٩٣٧ ص ٥٠٥ وما بعدها) وجدير بالإشارة أن ن سجل اتجاه المشرع المصري في عدم اتباع مسلك القانون الفرنسي . فقد سوى بين العقار والمنقول من حيث وجوب استثمار المال ، واستهلاك الدين من الغلة . وسوى بينهما أيضا من حيث أن الدائن يتمتع بأفضلية في استيفاء حقه إذا بيع المسال فيما جبريا . على أنه يلاحظ عملا أن الاستثمار ، وإن أصبح واجبا على الدائن ، فهو غير ميسور التحقيق في كل المنقولات بل لا يصلح الكثير منها إلا مجرد احتفاظ الدائن بها كضمان ، توطئة لبيعها عند استحقاق الدين واستيفائه من ثمن بيعها .

ولعله كان من الأوفق في تقديرنا أن يفصل التقنين المدني الجديد في التنظيم الذي أتى به بين الرهن الحيازي العقاري والرهن الذي يرد على المنقولات .

(١) راجع ص ٧ الأعمال التحضيرية ص ٢٤٥ وما بعدها .

من توابعه . وكذلك يكون الحكم أيضاً بالنسبة إلى حقوق الارتفاق المقررة لصالح العقار . وبالنسبة إلى كافة التحسينات التي تضاف إليه ، أو المنشآت التي تقام على الأرض . ويراعى للمرة وقوع هذا النرض ، إلا إذا باشره الدائن بنفسه كطريقة من طرق استغلال العقار .

ويلاحظ في الواقع أن هذا الرهن كثير الذبوع بالنسبة إلى الأراضي الزراعية . أما في العقارات المبنية . وحيث تكون مشيدة عادة في المدن ، فالصورة الغالبة لتقرير ضمان خاص عليها ، هو الرهن الرسمي . وبعد فهو تأمين أكثر انتشاراً في البيئات المتحضرة . إذ أنه يكفل للمدين أن يحتفظ بحيازة العقار ، فيخضع لسيطرته من حيث الاستغلال والاستثمار بالثمرات .

المنقولات : وهي في الواقع الأموال التي تستجيب طبيعتها إلى هذا التأمين الاتفاقي القائم على انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن . ذلك أن بقاءها تحت يد المدين لا يؤمن مصلحة الدائن . فهي بطبيعتها ميسورة الإخفاء . بل والتصرف فيها إلى شخص حسن النية ، يفقد الدائن الضمان الذي اكتسبه عليها .

هذه المخاطر المتقدمة جعلت التشريعات منذ وقت بعيد تتخير للمنقولات وسيلة للضمان الخاص ، تقوم على إخضاعها لسيطرة الدائن . ولا يتيسر ذلك إلا بنقل حيازتها إليه . على أنه لا يخفى ما تتضمنه هذه الأداة من عيوب ، أخصها حرمان المدين من منافعها ، وحبسها عن التداول حتى يستحق أجل الدين ، فيجرب بيعها ويستوفي الدائن حقه .

وقد يحدد حرص المشرع المصري في التقنين الجديد على إلزام الدائن باستثمارها وخصم الدين عن غلة الاستثمار . ولكن يراعى أن ذلك غير ميسور الإدراك في كل الأحوال فتمت منقولات لا تحقق النفع منها إلا باستخدامها والحصول على منافعها مباشرة . ولعل أكثر المنقولات استجابة إلى هذا الإلزام الذي قرره القانون المصري ، هي الأوراق المالية فهي أموال منقولة تدبر دخلاً أو ربها ، وبهذا الوصف تصلح أداة فعالة لاستهلاك الديون .

وأيا كان الأمر فقد أطلق المشرع المصري وعاء الأفضلية في الرهن الحيازي ، فجعله يتسع لكافة الأموال المنقولة مادام من الجائز بيعها بالمزاد العلني . وبعبارة أخرى كل مال منقول يستطيع الدائن أن يجري بيعه . ويستوفى دينه من ثمن البيع ، يصاح محلا للرهن الحيازي .

يصدق هذا الحكم على **المنقولات المادية** بصفة عامة . فيجوز مثلا رهن المجوهرات والبضائع ودواب الاستعمال . بل ويجوز رهن الأشياء المثلية ، ويكتسب الدائن المرتهن حقه العيني بإفرازها ، مثال ذلك رهن المحاصيل الزراعية كالحبوب والأقطان .

وقد اعتبرت السندات لحاملها على الرأي الراجح (١) وفي تصوير التقنين المدني الجديد - م ١١١٨ - (٢) من قبيل المنقولات المادية ، باعتبار أن حق الدائنية الذي تتضمنه يتجسد في السند ، فيكون تداوله وبالتالي رهنه خاضعا لحكم الشيء المادي .

يجوز أيضا رهن النقود . وقد جرى الاصطلاح على سبيل الخطأ والتجاوز باعتبار هذا الضمان صورة من صور الكفالة . والصحيح أننا بصدد رهن حيازي تنتقل بمقتضاه إلى حيازة الدائن مبالغ من النقود ضمانا للوفاء بما قد يستحق له من ديون في ذمة المدين . وهو ضمان كثير الوقوع في الحياة العملية ، في الصور التي يتعاقد فيها شخص مع آخر ويدفع له مبالغا من النقود ضمانا لتنفيذ التزاماته . من ذلك مثلا ما يدفعه المستأجر ضمانا للوفاء بما قد يستحق في ذمته من تعويض ، أو ما يؤديه الأفراد كتأمين معجل لبعض المصالح الحكومية لقاء خدمات عامة كاشتراك التلنسون أو أجرة المياه . ويلاحظ بطبيعة الحال

(١) أنظر جبريل جابولد أنسكلوبيدي دالوز - ٢ لفظ gage ص ٨٦٢ فقرة ١٩٤ .

(٢) نصت المادة ١١١٨ في فقرتها الأولى على أن الأحكام المتعلقة بالآثار التي ترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي تحملها تسرى على رهن المنقول .

أن مثل هذا الضمان يتميز بطابع خاص ، ذلك أن النقود تختلط بمالية الدائن ، ومن ثم فهو يلتزم برد مثلها في حالة استيفائه للديون المستحقة له .

أخيراً نشير إلى حكم سبق بيانه ، وهو أن بعض المنقولات المادية قد استجابت طبيعتها إلى تقرير ضمان عليها قريب الشبه بالرهن الرسمي ، وقد استقرت التشريعات الحديثة على عدم رهنها رهن حيازة . مثال ذلك رهن السفن الذي يخضع في مصر لأحكام تكاد تتفق مع الرهن الرسمي (ينظم رهن السفن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بحقوق الامتياز والرهون البحرية (١))

المنقولات المعنوية : لا يقتصر محل الرهن الحيازي على الأشياء المادية فقط بل يتناول أيضاً الأموال المنقولة المعنوية . وهو بهذه المثابة يستخدم أداة ضمان فعالة لتيسير الائتمان في ميادين المال والتجارة .

وأول ما نشير إليه في هذا الصدد أن المعيار الذي تخيرناه للحقوق العينية التبعية لا يصدق إلا على المنقولات المادية ، فهي فقط التي يكتسب الدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً عليها . أما بالنسبة للمنقولات المعنوية فنكون بصدد حكم أقره القانون ، يكفل للدائن بمقتضاه أن يفلت من قاعدة المساواة بين الدائنين ، ويتقدم عليهم في استيفاء دينه من ثمن بيع المال . وسنغنى بصفة خاصة بتحليل هذا الاتجاه في دراستنا لرهن الديون (٢) .

وأياً ما كان الأمر فالمسلم به في التشريعات المعاصرة ومن بينها القانون المصري أن المنقولات المعنوية يجوز أن تكون محلاً لتأمين اتفاق .

والأداة القانونية التي تستخدم لتقرير ضمان خاص بمقتضاها هي الرهن الحيازي . وبعد فهو التأمين الاتفاقى الوحيد الذى عرفه التقنين المدنى بالنسبة إلى

(١) انظر مصطفى كمال طه أصول القانون البحرى ص ٧٢٧ فقرة ٧٤٨ .

(٢) راجع ماتقدم ص ٦١ .

المنقولات . على أنه اضطرب بطبيعة الحال ، تحقيقاً لشرط الحيازة الذي اعتبره أساسياً لعلانية الرهن والاحتجاج به في مواجهة الغير . أن يخضعها لبعض أحكام خاصة سنشير إليها أيضاً في رهن الديون .

وقد سجل العصر الحديث رواجاً واسع النطاق لهذه الطائفة الجديدة من القيم المنقولة . فلم تعد الملكية قاصرة كما كانت من قبل ، على حيازة أشياء مادية والانتفاع بمزاياها ، بل اتجهت رؤوس الأموال وجهة جديدة في الاستثمار ، أمكن بمقتضاها تملك أوراق مالية تدر على صاحبها دخلاً أو ربحاً منتظماً . وبذلك احتلت هذه المنقولات مكاناً هاماً في الثروات الفردية ، وغدت أداة صالحة لمنح الاثمان (١) .

والمنقولات المعنوية التي يجوز رهنها تتعدد من حيث أنواعها ، وهي خاضعة للتطور الذي قد يكشف عن الحديد منها . ولعل أقدم أنواع هذه الأموال المعنوية هي الديون العادية أو الحقوق الشخصية ، التي اعترفت التشريعات بجواز رهنها منذ زمن بعيد ، وأقر ذلك التقنين الجديد بتنظيم تشريعي منفصل لرهن الدين .

ويجوز أيضاً رهن الأسهم والسندات الإسمية والإذنية ، وقد اعتبر المشرع السندات التي لحاملها من قبيل المنقولات الماذبة بالنسبة لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز .

ومن أهم تطبيقات رهن الحقوق الشخصية التي أتيح لها رواجاً ، هو رهن وثائق التأمين ، إذ بمقتضاه يستطيع المؤمن له أن يقرض مبلغاً من النقود ،

(١) أنظر في التطور الحديث للأموال المنقولة وأثرها على أحكام القانون جورج ديبير : Aspects juridiques du capitalisme moderne باريس ١٩٤٦ ص ١٢٤ وما بعدها .

ويمنح ضمانا للوفاء به ، ما يستحق له في ذمة شركة التأمين (١) .

كذلك أيضا يجوز رهن حقوق الاستغلال المالى فى التأليف والابتكار .
ويلاحظ أن الحق الأدبى للمؤلف أو المبتكر بما يتضمن من مزايا شخصية
يعتبر من الحقوق الاصلية الشخصية ، وهو بهذه المثابة لا يجوز الحجز عليه
وبالتالى لا يجوز رهنه أيضا (٢) .

(١) أنظر كاتكارليه المرجع السابق ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) تنص المادة ١٠ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ لحماية حق المؤلف على ما يأتى
« لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، وإنما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره ، ولا يجوز
الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها مالم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها
قبل وفاته » . ثم نصت المادة ٣٧ على أن « للمؤلف أن ينقل إلى الغير الحق فى مباشرة حقوق
حقوق الاستغلال المنصوص عليها فى المواد ٥ (فقرة ١) و ٦ و ٧ (فقرة ١) من هذا القانون ،
على أن نقل أحد الحقوق لا يترتب عليه مباشرة حق آخر . ويشترط لتمام التصرف أن يكون
مكتوباً وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف مع بيان مداه
والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه » .

يستفاد من نص م ٣٧ أن المؤلف يجوز له التصرف فى الحقوق التى أشارت إليها المادة
بطريق الاحالة . وهى تناول ١ - الحق فى الاستغلال المالى بأية طريقة من الطرق ٢ - نقل
المصنف إلى الجمهور بطريقة مباشرة (كالتلاوة العلنية أو الأداء التمثيلى أو العرض السينمائى أو
الاذاعة مثلاً) أو بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون فى متناول الجمهور عن طريق
الطباعة أو التصوير مثلاً ٣ - الحق فى ترجمة المصنف إلى لغة أخرى .

ويشترط لتمام هذا التصرف أن يفرغ فى وثيقة مكتوبة وأن يتضمن بيانات معينة يخصص
بالذكر فيها الحق الذى تصرف فيه المؤلف ، وبيان نطاق التصرف فيه ، وتحديد الغرض من
التصرف (هل هو بيع أو تبرع أو رهن مثلاً) مع ذكر مدة الاستغلال ومكانه .

على ضوء هذا التحديد من حيث انواع الحقوق التى يجوز للمؤلف أن يتصرف فيها ، وشروط
صحّة التصرف ، يمكن القول بجواز رهن الاستغلال المالى فى الحدود المتقدمة . فإذا اقترض المؤلف
مبلغاً من النقود بضمان هذا الرهن ، ولم يسدده فى مواعيد استحقاقه ، جاز للدائن المرتهن أن يستوفى
دينه باستزائه من غلة الاستغلال ويحق له أيضاً إذا لم تقب هذه الغلة باستهلاك الدين أن يبيع حق
الاستغلال ويستوفى حقه من ثمن البيع .

١٧٠ - ملحقات المال المرهون :

لم يرد في باب الرهن الحيازي نص على غرار ما جاء بشأن الرهن الرسمي بين ملحقات المال المرهون . إنما يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع وهو بصدد بيان أحكام التزام الراهن بالتسليم (م ١٠٩٩ / ٢) قرر أنه يسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع .

وقد جاء في المادة ٤٣٢ في عقد البيع أن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بضعة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

على ضوء هذا المعيار يمكن تحديد ملحقات المال المرهون في كل حالة على انفراد . وهو يمتد بصفة خاصة في رهن العقار إلى المنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله أي العقار بالتخصيص ، وحقوق الارتفاق ، وما يطرأ عليه من تحسينات أو يقام من منشآت كما سبق البيان .

وإذا كان الرهن وارداً على منقول امتد أيضاً إلى ما قد يلزم من أشياء لاستعماله أو لاستغلاله ، وذلك كرهن بعض الآلات الميكانيكية فهو يتناول أيضاً قطع الغيار اللازمة للاستفادة منها .

ولما كان هذا الرهن ينقل حيازة المال إلى الدائن المرتهن ، فالغالب من الأمر أن يرجع إلى إرادة المتعاقدين لتحديد ما تنبثق عليه من ملحقات للمال المرهون

١٧١ - تخصيص الرهن من حيث المال المرهون :

لم تتضمن أحكام الرهن الحيازي حكماً يقابل ما جاء في نص المادة ١٠٣٥ بوجوب تخصيص العقار المرهون رهناً رسمياً .

على أن أول ما يراعى في هذا الصدد أن المشرع أبطل رهن الأموال المستقبلية .

وقد قرر هذا الحكم بشأن الرهن الحيازي بطريق الإحالة إلى ما جاء في باب الرهن الرسمي . حيث نصت المادة ١٠٩٨ على أنه « تسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٢٠٣ (وهي الخاصة برهن ملك الغير وبطلان رهن المال المستقبل) » .

وقد أشرنا من قبل إلى أن بطلان رهن المال المستقبل وثيق الصلة بمبدأ تخصيص الرهن ، وحرص المشرع على أن يحد من شهوات المدين بوجوب بيان الأموال التي تقرر عليها الضمان الخاص .

وعلى هذا النحو يمكن القول إن الرهن الحيازي خاضع لمبدأ التخصيص مع مراعاة الملاحظات الآتية :

١ - يكفي أن يكون المال المرهون معنيا أو قابلا للتعين . فإذا كان معينا بالذات ومملوكا للراهن اكتسب الدائن المرتهن حق الرهن فور التعاقد . أما إذا كان معينا بنوعه فقط كأشياء مثلية فهنا لا يتقرر الحق العيني للدائن إلا بالإفراز (م ٢٠٤ ، ٢٠٥ من التقنين المدني) .

هذا الحكم يستجيب إلى طبيعة الحق العيني الذي لا يتقرر إلا بتعيين محله بالذات . ويجوز للدائن إن رأى مصلحته في ذلك أن يلجأ إلى القاضي للحصول على أشياء من النوع المبين في العقد على نفقة المدين . على أنه يغلب في هذه الصورة أن يفضل الدائن فسخ الرهن والمطالبة بأداء الدين .

٢ - اشترط المشرع لنفاذ الرهن في مواجهة الغير أن يكون المال المرهون مخصصا على سبيل التحديد . فبالنسبة للعقار أوجب قيد الرهن (م ١١١٤) ، وقد سبق لنا أن بينا وجوب تخصيص العقار المرهون في قائمة القيد . وإذا ورد الرهن على منقول مادي ، استلزم لسريانه في مواجهة الغير أن يدون في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن ، والعين المرهونة بيانا كافيا ،

يستفاد مما تقدم وجوب إخضاع الرهن لمبدأ التخصيص حتى يكتسب الدائن

المرتبه حقه ، ويجوز له الاحتجاج به في مواجهة الغير .

ثالثا - الالتزام المضمون

١٧٢- مضمون مبدأ التخصيص - امالة بشأن الديون البرهانية :

الرهن الحيازي بوصفه من نظم التأمينات ، يخضع لمبدأ التبعية . وعلى هذا النحو يجب أن يستند تقريره إلى وجود التزام مضمون توافرت فيه أسباب الصحة . وهو يرتبط بمصير الدين فيكون تابعا له في صحته وانقضائه .

ويخضع الالتزام المضمون لمبدأ تخصيص الرهن أيضا . وقد حرص المشرع على ترديد الحكم المتصل بتقرير الرهن ضمانا لوفاء بديون مستقبلة أو احتمالية ، فأوقعه جميعا بشرط تحديد قدر الدين المضمون أو في القليل بيان حده الأقصى . هذا الحكم ورد في المادة ١٠٩٨ التي تتضمن الإحالة إلى المادة ١٠٤٠ الواردة في باب الرهن الرسمي ، ولذا نكتفي بمجرد الإشارة إليه (١) .

وقد جاء صدى مبدأ التخصيص بالنسبة للالتزام المضمون في شرط سريان الرهن الحيازي على الغير . فأوجب المشرع بيان مقدار الدين في قائمة قيد الرهن العقاري ، واستلزم أيضا ذكره في الورقة المكتوبة ذات التاريخ الثابت في رهن المنقولات المادية .

أخيرا يلاحظ بشأن الالتزام المضمون أن المشرع المصري أجاز تقرير عدة رهون على مال واحد ضمانا لوفاء بديون متعددة . وفي هذا الشأن تنص المادة

(١) راجع ما تقدم فقرة ٥٠ ص ١٤٦ وما بعدها .

١١٠٩ في فقرتها الثانية على «أنه يجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنا لعدة ديون» (١).

المشرع بتقريره هذا الحكم ، يروج ائتمان المدين ، فيمكنه من استخدام مال واحد لضمان الوفاء بغلة ديون . وقد يسر انتقال الحيازة ، فأجاز أن تكون لأجنبي يسمى في لغة الشرع « بالعدل » ، وهو يتسلم المال نيابة عن جميع الدائنين . بل وليس ثمة ما يمنع ، أن تكون الحيازة لأحد الدائنين ، يدير المال ويستثمره أصيلا عن نفسه ونائبا عن الآخرين .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي ما يأتي « قد يسلم الشيء لأجنبي يكون نائبا في الحيازة ويسمى عدلا ، ويستطيع العدل أن ينوب عن مرتين متعددين لنفس الشيء . بل يستطيع أحد الدائنين المرتين أن يجوز أصيلا عن نفسه بصفته مرتها ، ونائبا عن غيره بصفته عدلا . فوجود الشيء المرهون في حيازة العدل يمكن الراهن إذن من أن يرهن الشيء رهن حيازة أكثر من مرة مجموعة الأعمال التحضيرية - ٧ نص ٢٢٨ .

المبحث الثاني

(سريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير)

١٧٣ - الدائن يكتسب حقاً عينياً تبعياً بمجرد التعاقد إذا ورد الرهن

على شيء مادي معين بالذات : -

بيننا في التمهيد لدراسة التأمينات العينية أن العبرة في تحديد معيار الحق العيني هي بالحل الذي يرد عليه . وخلصنا في نهاية البحث إلى أن الحق يكون عينياً إذا تقرر على شيء مادي معين بالذات .

على هذا النحو يصدق المعيار المتقدم على الدائن المرتهن رهن حيازة إذا تقرر حقه على عقار أو منقول مادي معين بالذات . ويكتسب الدائن هذا الحق العيني التبعي بمجرد التعاقد بقوة القانون . في هذا المعنى تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على أن « إلتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات ، يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

يستفاد من هذا النص أن الإلتزام بنقل حق عيني ، يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فينقل الحق العيني إلى الدائن بقوة القانون ، إذا كان الشيء الذي يقع عليه الإلتزام معيناً بالذات ومملوكاً للمدين .

ويعيننا في نطاق بحثنا الحق العيني الذي يكتسبه الدائن المرتهن . ويلاحظ بشأنه أن المشرع المصري قد أوقع على المدين التزاماً بتقرير الحق العيني ، ولكنه رتب هذا الأثر بقوة القانون فور تمام العقد . ومن هنا يتعاضد اقتضاء الإلتزام بتقرير الحق العيني مع اكتسابه .

فإذا ورد الرهن على منقول ، وكان عيناً معينة بالذات يملكها المدين ،

كمجوهرات أو سيارة ، يكتسب الدائن المرتهن حق الرهن فور إنشاء العقد .
وإذا كان محل الرهن عقاراً ، فهو يخضع أيضاً للحكم المتقدم متى كان
معينا تعيينا دقيقا في العقد .

نخلص إذن مما سبق أن الحق العيني التبعي يترتب متى توافرت الشروط
السابقة . ولا يلزم لترتيب هذا الأثر أن تنتقل حيازة الشيء المرهون للدائن
المرتهن ، أو أن تتوافر الشروط الشكلية المتعلقة بسريان الرهن في مواجهة
الغير . ونعني بذلك إجراء القيد في الرهن العقاري ، وثبوت التاريخ في ورقة
مكتوبة بالنسبة لرهن المنقول المادى (١) .

(١) يقرر الدكتور شفيق شحاته في كتابه عن النظرية العامة للتأمين العيني ص ٤٣ وما بعدها
ما يأتي « المصدر الحقيقي للرهن الحيازي العقاري هو واقعة القيد ، والمصدر المباشر لرهن المنقول
هو واقعة التسليم وبعض الإجراءات الشكلية . فان لم يحصل القيد أو يسلم المنقول ، فلا يكون
هناك رهن حيازي . أما عقد الرهن الحيازي فلا ينشئ سوى التزامات شخصية يلتزم بمقتضاها
الراهن ببعض الأعمال أو بتسليم المنقول . فن المهم أن نميز تمييزاً واضحاً ، بين عقد الرهن والرهن
نفسه . أما القيد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستوجبه ، من حق التقدم وحق التتبع .
ذلك أن القيد يقتصر أثره في الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، في حين أن التأمين
العيني يظهر أثره ابتداء في حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التي
جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشئ حق
الرهن فيما بين المتعاقدين ، وأن القيد يجعل هذا الحق ، نافذاً على الغير . فالواقع أن حق الرهن
لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً في حق
الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده . ولذلك نقول إن الرهن مصدره القيد أو التسليم
بحسب الأحوال لا العقد » . (نقلنا هذه الفقرات عن الدكتور شفيق شحاته ، واكتفيينا منها
بما يتعلق بالرهن الحيازي ، أما ما يتصل بغيرها من التأمينات فقد أشرنا إليها في موضع دراستها -
راجع ص ١٧٩ هامش ١ في الرهن الرسمي ، ص ٤٠١ هامش ٢ في حق الاختصاص) .

أتيح لنا فيما تقدم (راجع الإشارة السابقة إلى الرهن الرسمي) أن نسجل بعض ملاحظات
على هذا الاتجاه فيما يتصل برهن العقار . .. وخلاصة القول منها أن النظرية التي يدافع عنها الدكتور
شفيق شحاته تؤدي حتماً إلى النتيجة التي وصل إليها . فهو يبدأ بانكار فكرة الحقوق العينية التبعية ،
ويجعل التأمين العيني مجرد وصف للالتزام يقتصر أثره على الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين
بتسكين الدائن المزود به من استيفاء دينه مفضلاً على غيره . هذه الأفضلية لا يكتسبها الدائن فعلاً
إلا بسريان الرهن في مواجهة الغير ، وذلك يتم بإجراء القيد .

أخيراً تنبغى الإشارة إلى أن الأحكام المتقدمة لاتصدق على رهن الديون .

= وقد رجحنا مع الفقه السائد وجوب الإبقاء على الحقوق العينية التبعية ، واتخذنا معياراً لتقريرها أن يرد حق الدائن على شيء معين بالذات ، فالعبرة اذن بمحل الحق . هذا الحق يكتسبه الدائن المرتهن بمجرد التعاقد متى كان الشيء معيناً بالذات وملوكاً للمدين وذلك (بصرح نص المادة ٢٠٤) . أما القيد فهو إجراء ارتضاه المشرع المصري كعنصر علانية يجب أن يتوافر في كافة التصرفات القانونية الواردة على العقارات . والحكمة منه أن التشريعات المعاصرة ، حماية للائتمان العقارى ، أرادت أن تكفل للغير وسيلة فعالة للعلم بالحالة القانونية لكل عقار ، حتى لا يفاجأ شخص بتصرف قانونى بغير علمه سرا بين عاقيه .

وقد بينا من قبل بصدد الرهن الرسمى أن الدائن المرتهن يتعلق حقه بالعقار فور انشاء العقد ، وأنه يترتب على ذلك تقييد حق المالك فى الاستعمال بالقدر الذى يلائم لحماية التأمين العيى .

ولهذا الاتجاه الذى نذهب اليه أهمية خاصة فى حالة اعسار المدين . فلو سلمنا بأن الحق العيى يتقرر للدائن فور التعاقد أمكن القول بأن إجراء قيده جائز بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار باعتبار أن حق الدائن قد تعلق بالعقار بانعقاد الرهن قبل هذا التاريخ . أما القول بأن واقعة القيد هى مصدر التأمين العيى ، فيفضى إلى عدم سريان الرهن فى مواجهة الدائنين إذا تم قيده بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار .

ويلاحظ بالنسبة للرهن الحيازى العقارى أن حق الدائن يتضمن سلطات متعددة ، فهو يستغل العقار ، ويستهلك الدين وملحقاته (من مصاريف وفوائد) من الثمرات التى يفلها ، ويكتسب افضلية فى استيفاء دينه من ثمن بيع العقار ، ثم له أن يتبعه تحت يد الغير إذا تصرف فيه الراهن . والرهن الحيازى العقارى بالوصف المتقدم نظام قانونى يلزم لترويق آثاره كاملة أن تتوافر فيه شروط متعددة . فهو يكسب الحق العيى بمجرد التعاقد ، وعلى هذا النحو يخول الدائن الاستثمار واستئزال الدين من قيمة الغلة : أما الأفضلية والتتبع فيجب لسريانه فى مواجهة الغير أن يكون الرهن مقيداً . وهنا يظهر القيد كأداة قانونية للاعلان عن الحق . ولعل هذه الأداة كانت واجبة التقرير لحسم التزام بين عدة أشخاص اكتسبوا حقوقاً عينية على عقار واحد . ولو اكتفى المشرع بأن العبرة بالاسبقية فى التعاقد ، لأفضى ذلك إلى تعطيل تداول الثروة العقارية ، حيث يتمسك على الفرد حينئذ أن يكون على بينة من أمر كل التصرفات القانونية التى عقدها مالك العقار .

يتضح إذن مما تقدم أن الحق العيى يتقرر فى تقديرنا بمجرد التعاقد (وهو ما تنص عليه أيضاً المادة ٢٠٤) . أما القيد فهو إجراء لازم للاعلان عن الحالة القانونية للعقار ، والجزاء الحاسم لحث الدائن على اجرائه هو تقرير عدم سريان حقه فى مواجهة الغير إذا أهمل فيه .

أما بالنسبة للمنقولات فالأمر يبدو لنا أكثر وضوحاً ، ذلك أن الدائن يكتسب أيضاً حق الرهن فور انشاء التعاقد إذا كان المنقول ملوكاً للمدين ومعيناً بالذات . أما التسليم فهو التزام متفرع عن الحق العيى . وقد كان على المشرع أن يتخير أداة قانونية ملائمة لتمكين الغير من العلم بالرهن ، =

فالدائن الذي يرتهن ديناً مستحقاً لمدينه في ذمة الغير ، ضماناً للوفاء بحقه لا يكتسب

فلم يرى وسيلة خيرا من نقل الحيازة للدائن المرتهن. على أن ذلك لا يقضى القول بأن مصدر الرهن هو واقعة التسليم .

وليس أدل على ذلك من أن المدين إذا تصرف في المنقول بعد رهنه ، وانتقلت حيازته إلى يد متصرف إليه مية النية ، جاز للدائن المرتهن الاحتجاج بالرهن في مواجهته .

إذ يشترط في هذه الحالة أن يتوافر في المتصرف إليه حسن النية والسبب الصحيح في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية حتى يكتسب ملكية خالصة .

يظهر إذن من الحكم المتقدم أن التزام بين من اكتسب ملكية المنقول ، والدائن المرتهن ، هو التزام بين شخصين اكتسب كل منهما حقا عينياً على المنقول .

وإذا كان المتصرف إليه حسن النية ، جاز له أن يتجاهل حق الدائن المرتهن . وهو لا يستند في ذلك أن الدائن لم يكتسب حقا عينياً ، إنما يعتمد بقاعدة أن الحيازة في المنقول سند الحائز ، وأنها إذا قامت على حسن النية والسبب الصحيح فهي مكسبة للملكية خالية من التكاليف والقيود العينية (م ٩٧٦ / ٢) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي « الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . ومضى هذا أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القسانون ففسد هو الذي يتكفل له بترتيب هذا الأثر . ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات ، دون أن يرد على إطلاقه أى تحفظ أو قيد . فإذا صدر التصرف في منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف فور الوقت . بل ولا تحول دون ذلك قاعدة (انزال الحيازة في المنقول منزلة السند المثبت للملكية) بالنسبة لأول خلف يدلى إلى المالك بحقه . وقد يقع أن يدخل المنقول في يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول . وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثاني . ولكن الملكية لا تزول إليه بمقتضى التزام بنقل حق عيني ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة . ومن الحائز أن يقال أن ملكية المنقول قد انتقلت أولاً إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عيني ثم آلت منه إلى الخلف الثاني من طريق الحيازة (مجموعة الأعمال التحضيرية - ص ٢٤٠ وما بعدها) . يستفاد من مذكرة المشروع التمهيدى أن الحق العيني يكتسب على المنقول فور نشأة الالتزام بتقريره أى بمجرد التعاقد . وإذا كان المدين قد تصرف فيه في تاريخ لاحق ، فإن المتصرف إليه إذا تسلم المنقول يجوز له أن ينكر الحقوق العينية المكتسبة في تاريخ سابق على التصرف (كحق مشترك آخر أو حق الدائن المرتهن) ، ولكنه يستند في ذلك إلى أن الحيازة في المنقول إذا اقترنت بحسن النية والسبب الصحيح ، فهي سند لاكتساب الملكية خالية من التكاليف والقيود العينية .

حقا عينيا . ذلك أننا ننكر إمكان تقرير حق عيني يرد على مال معنوي ، بل يقتصر نطاق هذه الحقوق فقط على الأشياء المادية المعينة بالذات دون غيرها . ولنا إلى هذا الحكم عودة أخرى في دراسة آثار رهن الديون .

١٧٤ - وجوب انتقال الحيازة لسريانه الرهن في مواجهة الغير ،

مع توافر شروط خاصة تختلف حسب طبيعة المال المرهون :

لا يكفي أن يتم التعاقد بين الراهن والدائن المرتهن حتى تنطلق كافة الآثار المترتبة على الحق العيني . بل يلزم توافر عنصر العلانية الذي يكتل للغير العلم بوجود حق الدائن المرتهن .

والغير الذي نعنيه تتحدد دلالاته على النحو الآتي . فإذا كان المرهون عقارا يمكن القول إن الغير هو كل من يلحقه ضرر من مباشرة الأفضلية أو التبع (١) تطبيقاً لهذا المعيار يصدق الوصف المتقدم على كل دائن مزود بتأمين عيني خاص على العقار المرهون . ومثال ذلك الدائن المرتهن رهنا رسميا ، أو صاحب حق امتياز عليه ، أو من تقرر له حق اختصاص .

كذلك يعتبر من الغير الدائن العادي ، باعتبار أن الرهن يتضمن اخلافا بقاعدة المساواة بين الدائنين . أخيرا يعتبر من الغير أيضا من يصدق عليه وصف حائز العقار المرهون على أساس التعريف الذي قدمناه في دراسة الرهن الرسمي (٢) .

على ضوء ما تقدم يمكن القول أيضا إن الغير في رهن المنقول ، هو كل من يعتبر خلفا خاصا للمالك ، أي كل من اكتسب حقا عينيا على هذا المنقول . ومثال ذلك من اشترى المنقول ، أو اكتسب عليه حق الرهن . بل ويعتبر من

(١) راجع ما تقدم في الرهن الرسمي فقرة ٦٣ .

(٢) أنظر تعريف حائز العقار المرهون فقرة ١٠٩ .

الغير أيضا الدائن العادى لراهن باعتبار أن حق الدائن المرتهن يكفل له التقدم على سائر الدائنين فى استيفاء دينه من ثمن بيع المنقول .

اخيرا إذا كان المال المرهون ديننا مستحقا لراهن فى ذمة شخص آخر فهنا يحتاج الأمر إلى بعض تفصيل . المفروض أن حق الراهن يمثل عنصرا فى الضمان العام للدائنين . ويستطيع كل دائن عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير أن يحجز على الدين تحت يد الغير ، ولا يترتب على هذا الحجز اخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين . أما إذا كان الدين المحجوز عليه تحت يد الغير مرهونا ، فهنا يتقدم الدائن المرتهن على غيره فى استيفاء حقه . هذا الاخلال بقاعدة المساواة لا يسرى على الدائنين إلا إذا توافر عنصر العلانية فى الرهن . ومن ثم يمكن القول بشأن رهن الديون أن كل دائن للراهن يعتبر من الغير .

ويعتبر من الغير أيضا فى رهن الدين ، الدائن المحال له . إذ يجوز أن يحول الراهن حقه إلى شخص آخر . وهنا يقع النزاع بين المتصرف اليه ، والدائن المرتهن . ولذا عنى المشرع بتقرير نظام لعلانية حوالة الحق ، ورهن الديون على نحو يكفل حسم النزاع .

يتضح إذن ، مما سبق وجوب وضع تنظيم قانونى يكفل علانية الرهن . وقد تكفل التقنين المدنى الجديد كما سبق البيان ، ببيان الأحكام التى يجب توافرها لتحقيق هذه العلانية . وهو فى هذا الصدد استلزم حكما عاما يصدق على كل رهن أيا ما كان محله ، واضاف اليه احكاما خاصة تختلف بحسب طبيعة المال المرهون . وسنعنى فيما يلى بدراسة الحكم العام ويتمثل فى انتقال حيازة المال المرهون ، ثم نبين الأحكام الخاصة لسريان الرهن الحيازى فى مواجهة الغير .

المطلب الاول

الحيازة

(حكم عام لسريان الرهن في مواجهة الغير)

١٧٥- الحيازة حكم عام لسريان الرهن في مواجهة الغير - النص

القانوني :-

نصت المادة ١١٠٩ في فقرتها الأولى على ما يأتي « يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان

يستفاد من النص المتقدم أن انتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو الأجنبي الذي يتفق عليه المتعاقدان ، شرط يجب توافره حتى يحتج بالرهن في مواجهة الغير . وهذا الحكم العام يصدق على كل رهن حيازي أيا ما كان محل الرهن ، أي سواء كان عقارا أم منقولا ماديا أو معنويا . على أن طبيعة المال تنعكس بطبيعة الحال على مظهر الحيازة فتعطيها طابعا خاصا على النحو الذي سنبينه في دراسة انتقال الحيازة .

هذا الحكم العام الذي ارتضاه المشرع المصري لعلاية الرهن الحيازي ، يعتبر من أسس هذا التأمين منذ زمن بعيد في تاريخ النظم القانونية .

ولكى يراعى أن أهميته ، بل وحرص كثير من التشريعات على توافره ، يظهر بصفة خاصة في رهن المنقول . ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة تدور حول طبيعة الأشياء المنقولة . ذلك أن تركها تحت سيطرة المدين ، ييسر له أن يخفيها أو يبعدها عن متناول يد الدائن . ويزيد وطأة هذا الخطر اعتصام الغير حسن النية بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز . وليس من سبيل إلى تأمين حقبة سوى تمكينه من حيازة المنقول على نحو يدفع عنه الخطر المتقدم .

بل وإن ترك حيازة المنقول للمدين ، يؤدي إلى خديعة كل شخص يتعامل

معه . فقد يخطئ في تقدير يسار المدين ، على أساس وجود بعض منقولات لديه ، وهو لا يعلم أن للغير حقوقاً عليها . على هذا النحو تبدو الحيازة كأداة قانونية ملائمة للإعلان عن حق الدائن المرتهن . وبذلك يضمن السيطرة على المال المرهون ، ويتيسر للغير العلم بوجود حقه (١) .

أما بالنسبة للعقارات ، فلعل اشتراط نقل الحيازة يبدو ضئيل الأهمية بعد أن عرفت التشريعات الحديثة نظام محكمة لشهر التصرفات القانونية العقارية . ولا تظهر فائدة نقل الحيازة إلا بالنسبة للدائن المرتهن نفسه ، الذي يستطيع استغلال العقار واستيفاء الدين وملحقاته من ثمرة الاستغلال .

و كأن رهن العقار إذن في حكم هذا التأمين يلزم لعلانيته شرطان ، القيد والحيازة . ويبدو لنا أن المشرع كان في وسعه الاكتفاء بنظام الشهر الذي تخضع له كافة الحقوق العينية التي ترد على العقارات .

نخلص إذن مما تقدم أن الحيازة تتمثل أهميتها بصفة خاصة في المنقولات . وبل وتظهر خطورتها إذا ما اصطدم الدائن المرتهن بحائز للمنقول توافر لديه السبب الصحيح وحسن النية . وفي هذا المعنى قضت م ١١١٨ في فقرتها الثانية « أنه يجوز لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن » .

١٧٦ - انتقال الحيازة - يجوز أنه يكون الحائز أجنبياً بنفسه عليه

المتعاقدان :-

لا يشترط انتقال حيازة المال المرهون للدائن المرتهن ، بل يصح الاتفاق

(١) راجع في هذا الصدد كاريبيك « حماية الدائن في التأمينات الاتفاقية الواردة على منقولات دون نقل الحيازة » رسالة من مونبلييه ١٩٥٤ ص ٩ وما بعدها . وتشير هذه الرسالة في عرض مستفيض الى التطور الحديث الذي أفضى الى تقرير الرهن على المنقولات من غير انتقال الحيازة وذلك لاعتبارات تتصل بالائتمان العام وظهور أنواع جديدة من الأموال المنقولة واتساع النشاط الاقتصادي .

الذى يقضى بنقل هذه الحيازة إلى شخص أجنبي عن التعاقد يتفق عليه الراهن والدائن ، وهو ما تشير إليه صراحة المادة ١٠٩٦ ، ١٠٩٩ من التقنين المدنى .

وحيازة الأجنبي الذى يسمى (العدل) تيسر تقرير رهون متعددة على المال الواحد . وعندئذ يعتبر العدل بمثابة نائب قانونى عن الدائنين المرتهين فى حيازة المال المرهون . ويكون فى هذا الوضع المتقدم فى مركز حائز عرضى . وتثبت الحيازة القانونية بالنسبة لحق الرهن للدائن المرتهن .

وإذا تعددت الرهون ، فليس ثمت ما يمنع من أن يحوز المال دائن واحد ، يعتبر أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الدائنين الآخرين .

١٧٧ - تكييف مركز الدائن المرتهن رهون حيازة - اقترانه الحيازة

القانونية بالحيازة العرضية :

يظهر اذن مما سبق أن الحيازة القانونية تثبت للدائن المرتهن بالنسبة إلى حق الرهن ، حتى ولو سلم المال المرهون إلى شخص أجنبي اتفق عليه المتعاقدان

ويمكن القول إن الدائن المرتهن الذى تنتقل إليه حيازة العقار أو المنقول المادى يكتسب عليه حقاً عينياً تبعياً . هذا الحق يصيب المال المرهون فى كيانه الإقتصادى فيخول للدائن أن يتسلط عليه ويستأثر به لمباشرة السلطات التى ينحولها له القانون . فهو يستغل المال ، إن كان قابلاً للاستثمار ، ويستهلك الدين وملكاته من ثمرات هذا الاستغلال . فإن لم يتيسر ذلك ، أو لم تكن الغلة كافية ، جاز له أن يستوفى دينه من المقابل النقدى للمال المرهون بالأفضلية التى تكفلها له علانية الرهن . بل وله أيضاً أن يتتبع المال المرهون تحت يد الغير فى الحدود التى لا يصطدم فيها بالتبع بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

على هذا النحو يظهر لنا أن الدائن المرتهن حائز قانونى بالنسبة لحق الرهن وما يتضمنه من سلطات .

أما بالنسبة لحق الملكية فهو مجرد حائز عرضي ، لأن حقه لا يجعله في مركز المالك. وحيازته للمال المرهون لا تضعه في مركز الشخص الذي يتأهل لكسب ملكيته . وذلك أن السلطات التي يباشرها ، والتي تجعل حيازته قانونية ، إنما تنبعث من حق الرهن فقط . وهو بهذه المثابة يستغل المال أو يستعمله . ويستوفي الدين وملحقاته بصفة تدرجية من حصيلة الاستغلال أو القيمة النقدية للاستعمال (١) فإن لم يتم الوفاء الكامل بالدين ، يجوز له أن يباشر سلطة الافضلية على ثمن بيع المرهون حسب المرتبة التي يكفلها له حق الرهن . وهو كما تقدم البيان يحق له ان يباشر هذه الافضلية تحت يد الغير وذلك بتتبع المال في الحدود التي تجيزها قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز .

ولما كان الدائن المرتهن يعتبر حائزا عرضيا بالنسبة لحق الملكية ، فهو بهذا الوصف يلتزم بالمحافظة على المال المرهون وصيانته من الهلاك والتلف . وهو يلتزم ايضا برده لاراهن حينما تصبح الحيازة غير ذات موضوع . ويتحقق ذلك بانقضاء حق الرهن بصفة أصلية أو تبعية .

ونستطيع في هذا الصدد المقاربة بين مركز المنتفع والدائن المرتهن . فالمنتفع تتوافر له الحيازة القانونية بالنسبة لاستعمال الشيء واستغلاله . ولكنه حائز عرضي بالنسبة لحق الملكية . ومن أجل هذا لا يملك العقار بالتقادم مهما طال مدة حيازته بوصفه منتفعا .

كذلك يكون الحال بالنسبة للدائن المرتهن . فهو حائز قانوني فيما يتصل بحق الرهن . وبهذه الصفة الأصلية يباشر السلطات التي يكفلها القانون ، وهي استيفاء

(١) انظر دراستنا التالية في استثمار الدائن المرتهن للمال المرهون فقرة ١٩٠ .

الدين من القيمة النقدية للاستغلال أو الاستعمال ، أو من المقابل النقدي لبيعه بالطريقة التي يرسمها القانون (١) .

ولكن حيازة المرتهن تكون عرضية بالنسبة للملكية . وعلى هذا النحو لا يجوز له اكتساب ملكية العقار بالتقدم . ويمتنع عليه الاعتصام بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، للاحتجاج بتمسك المنقول (٢) . ولكن يحق له الاحتماء بهذه القاعدة للتمسك بحق الرهن الذي اكتسبه من غير مالك على النحو الذي تقدم بيانه في رهن ملك الغير (٣) .

ويترتب على هذا التصوير المتقدم لمركز الدائن المرتهن أنه يعتبر اصيلا عن نفسه لا نائبا عن الرهن في استغلال المرهون واستثماره ، وسنغنى بتفصيل هذا الحكم في دراسة التزام الدائن المرتهن بالاستغلال والاستثمار .

١٧٨ - الشروط الواجب توافرها في الحيازة :

الحيازة بالمعنى المتقدم تقوم بلور أساسي في علانية الرهن ونفاذه في مواجهة الغير . وهي بهذا الوصف يجب أن تتوافر فيها الشروط والمقومات التي تكفل لها أداء الغاية التي ترمى إليها .

(١) يستجيب هذا التصوير إلى المعيار الذي تغيرناه للحقوق العينية التبعية - راجع ماتقدم فقرة ٢٦ إذ أننا نرى أن حق الدائن المرتهن يرد على الكيان الاقتصادي للمرهون ، فيقيده سلطات المالك في حدود هذه القيمة الاقتصادية . وهو بهذه المثابة يستطيع اقضاء أي مزاحم يحرمه من استيفاء دينه الذي ارتبط بكل ترجمة نقدية للمال المرهون . بل ويتميز حق الدائن المرتهن رهن حيازة فضلا عن السلطات المتقدمة ، بأن المشرع كفل الوفاء التدريجي بالدين ، عن طريق السيطرة الفعلية على المرهون بالحيازة ، ومباشرة سلطة الاستغلال والاستعمال ، واستقطاع الدين وملحقاته من حصيلة الاستغلال أو القيمة النقدية للاستعمال - انظر ما سيلي فقرة ١٩٠ .

(٢) انظر كاتكارليه الرسالة السابق الاشارة اليها .

(٣) راجع ماتقدم في رهن ملك الغير فقرة ١٦٦ .

من أجل هذا يجب أن تكون الحيابة ظاهرة لانغموض فيها ، ومستمرة لا يتمخلها انقطاع .

١ - ظهور الحيابة : يرتبط هذا الشرط ارتباطاً وثيقاً بالدور الذى تؤديه الحيابة فى الرهن ، كأداة قانونية للاعلان عن حق الدائن المرتهن .

ويتحقق هذا الشرط فى أوضح مظاهره ، بانتقال الحيابة الفعلية إلى الدائن المرتهن أو العدل الذى اتفق عليه المتعاقدان . ويتخلف فوراً إذا بقى المال تحت يد الراهن ، حتى ولو كان ذلك على سبيل العارية أو الإيجار . وذلك أن احتفاظ الحائز بالمال المرهون ينضى إلى خديعة الغير ، وقد أراد المشرع تبصيرة خاصة أن يكفل حمايتهم باشتراط نقل الحيابة (١) .

ولكن المشرع استثنى من الحكم المتقدم حالة ما إذا كان المرهون عقاراً ، واستأجره الراهن من الدائن . فهنا يكفى لحماية الغير أن يذكر الإيجار فى قائمة قيد الرهن ، أو التأشير به على هامش القيد إذا تم الإيجار فى تاريخ لاحق (م ١١١٥) . وحكمة الاستثناء ظاهرة ، لأن القيد يتضمن علانية كافية تكفل للغير أن يعلم بوجود الرهن ، وبأن حيابة الراهن للعقار مؤسسة على عقد الإيجار (٢) . ولعله يبدو من هذا الحكم ماسبق أن قدمناه ، أن اشتراط نقل

(١) اثر التساؤل فى الفقه والقضاء الفرنسى عن مدى توافر شرط ظهور الحيابة فى الحالة التى يكون المال تحت يد الدائن على سبيل الإيجار أو العارية ، ثم يكتسب عليه حق الرهن . وقد اتجه القول إلى أن مثل هذه الحيابة لا تكفل للغير العلم بوجود الرهن ، إذ لا يكفى تغيير صفة الدائن فى الحيابة لتمكينهم من العلم به . راجع انسكرىبيدي دالبوز ج ٢ ص ٨٥٥ بند ٧٦ .

(٢) انظر نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ج ٢ ص ٣٩٢ وقد جاء فيه أنه « إذا كان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ (قانون التسجيل القديم) المعدل للمادة ٥٤٠ (مدنى قديم) قد رخص للدائن فى إيجار العقار المرهون إلى المدين بشرط النص على ذلك فى عقد الرهن أو التأشير به فى هامش تسجيله ، فإنه لم يقصد بهذا الترخيص الذى جاء به إلغاء حكم المادة ٥٤١ من القانون المدنى ، وإنما قصد تسهيل المعاملات بين الناس ، ملاحظاً أن اشهار الإيجار بطريق التسجيل فيه ماينفى عن جياة الدائن العقار المرهون .

الحيازة كشرط لسريان حق الدائن المرتهن في مواجهة الغير . لم يكن جوهرياً بالنسبة لرهن العقار .

على أنه يلاحظ بشأن توافر الحيازة على نحو يكفل ظهورها وعدم غموضها ، أنه لا يلزم حتماً انتقال الحيازة الفعلية للمال . بل قد يكفي فقط في بعض الأحوال أن يحوز الدائن السند القانوني الذي يكفل له تسلم المال المرهون أو خضوعه لسيطرته . من ذلك مثلاً ما جاء في المادة ٧٧ من التقنين التجاري نصت على أنه يعتبر الدائن حائزاً للبضائع متى كانت تحت تصرفه في مخازنه أو سنده أو في الحمر كـ أو مودعة في مخزن عمومي ، أو متى سلمت له قبل وصولها تذكرة شحنها أو نقلها » (١)

بل وقد تقتضي طبيعة بعض الأموال المرهونة أن يكتفي بتقديم السندات المعبرة عن قيمتها المالية من ذلك مثلاً أنه في رهن الديون ، تتم الحيازة بتسليم السند المثبت للدين ، إذ لا تتصور الحيازة المادية لهذا المنقول المعنوي (٢) .

يستفاد مما تقدم أن الحيازة يجب أن تكون ظاهرة لا يكتفيها الغموض . هذا الشرط وثيق الصلة بالهدف الذي يرمى إليه المشرع من انتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو المعدل الذي يختاره المتعاقدان ، وهو تمكين الغير

(١). وضع القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ بعض استثناءات من أحكام القانون المدني الخاصة بالرهن . . . فهو يعتبر الرهن الذي يعقد لصالح بنك التسليف صحيحاً حتى ولو بقيت المحصولات في مخازن المدين ، بشرط أن تختم أبوابها بالشمع وأن تعلق عليها بطريقة ظاهرة ألواح تحمل اسم البنك .

وقد تقرر هذا الحكم في ظل التقنين المدني القديم الذي كان يعتبر تسليم المال المرهون للدائن شرطاً من شروط انعقاد الرهن . وهو يظل ساري المفعول في القانون الجديد ، وبذلك يمكن اعتباره استثناء من وجوب انتقال الحيازة الفعلية للمال المرهون إلى الدائن حتى ينفذ الرهن في حق الغير . وواضح أن الأحكام التي اشترط القانون المذكور تحقيقها توفر للغير العلم الكافي بتقرير حق الرهن لصالح البنك على المحصولات الموجودة في مخازن المدين .

(٢) انظر بودان وفواران ج ١٣ - فقرة ١٧٠ .

من العلم بتقرير الرهن على ضوء هذا الهدف يترك للقاضي أمر تقدير توافر الشرط المتقدم (١) .

٢ - استمرار الحياة : والمقصود باستمرار الحياة هو عدم عودة المال المرهون إلى يد الراهن ، على نحو يفضل الغير فيجعله على غير بينه من وجود الرهن .

وقد حرص المشرع أن يكفل لهذا الشرط تطبيقاً فعالاً فقضى في المادة ١١٠٠ بأنه « إذا رجع المرهون إلى حياة الراهن انقضى الرهن ، إلا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير » .

تضع هذه المادة قرينة على انقضاء الرهن ، تستخلص من رجوع المال المرهون إلى حياة الراهن . هذه القرينة تقبل لإثبات العكس ، إذ يستطيع الدائن إقامة الدليل على أن إرجاع المال إلى الراهن لم يقصد به انقضاء حقه .

فإذا توصل الدائن إلى هدم القرينة المتقدمة ، استمر الرهن قائماً ، ويتيسر له ذلك إذا ترك حياة المال فترة قصيرة ، ولأسباب جدية ، كما لو كان ذلك بقصد تمكين الراهن من القيام بإصلاح أو تغيير ضروري في المال المرهون .

على أن هذا الإرجاع المؤقت الطارئ قد يضر بحق الدائن المرتهن إذا اكتسب الغير حقاً خلال وجود المال في حياة الراهن . من ذلك مثلاً أن يكون المرهون منقولاً ، فيتصرف فيه الراهن ببيعه ، وتنتقل حياته للمشتري . هنا يصطدم بحق الدائن المرتهن بحياة المشتري حسن النية ، فلا يجوز الإحتجاج في مواجهته بالرهن .

(١) كارتكارليه المرجع السابق ص ٣١٨ ، والأصل في حماية الغير أن يقترب بحق الرهن بتقرير سيطرة ملموسة للدائن المرتهن على المال المرهون . والقول بغير ذلك يقضي إلى خديعة الغير .

بل وقد يتعرض حق الدائن المرتهن للمخاطر أيضاً إذا ترك حيازة العقار للراهن ، ولم يكن ذلك بموجب عقد إيجار مذکور في قائمة القيد ، أو موثربه عليها . ويتحقق الخطر إذا قام مالك العقار برهنه إلى دائن آخر ، وبإدراك هذا الدائن بقيد حقه (إذا كان الرهن رسمياً) ، أو بقيدته وتسلم العقار (إذا كان الرهن حيازياً) . ففي هذه الحالة يتقدم الدائن المرتهن الأخير ، على الدائن الأول الذى ترك حيازة العقار . وذلك أن المشرع قد اشترط بنص صريح (م ١١٤) لسريان الرهن الحيازى فى مواجهة الغير ، أن يتوافر فى علانية إجراء القيد وانتقال الحيازة معاً . بل جعل من رد المال المرهون قرينة على انقضاء الرهن . وإذا استطاع الدائن هدم هذه القرينة ، فلا ينبغى أن يحس حقوق الغير المكتسبة أخيراً لو شرع دائن عادى فى التنفيذ على المال المرهون خلال الفترة التى استرد فيها الراهن حيازته ، جاز له أن يتجاهل حق الدائن المرتهن ، وليس لهذا الأخير سوى أن يشترك فى توزيع الثمن على قدم المساواة بين كافة الدائنين العاديين .

لهذه الاعتبارات المتقدمة ينبغى على الدائن اليقظ أن يتوخى الحيلة والحذر فى الاحتفاظ بحيازة المال المرهون ، وعدم تركها للراهن حتى لا يتعرض حقه للضياع .

سلب الحيازة : تصدق الأحكام المتقدمة على الحالة التى يعود فيها المسال المرهون إلى حيازة الراهن برضاء الدائن أو قبوله .

أما إذا تم ذلك بغير علمه أو دون رضاه ، فهنا ينطبق حكم المادة ١١١٠/٢ التى تنص على ما يأتى « إذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة » .

فإذا كان المال المرهون عقاراً خضع للقواعد العامة فى استرداد حيازة العقار ، وجاز للدائن المرتهن أن يستخدم الدعاوى المقررة لحماية حقه بوصفه حائزاً

قانونياً بالنسبة إلى حق الرهن (١) .

أما إذا كان المال المرهون منقولاً ، جاز أيضاً للدائن المرتهن أن يطالب باسترداده ، دون أن يتوقف الرهن عن سريانه في مواجهة الغير . ويتجه الفقه الراجح في فرنسا إلى أن هذه الصورة تعتبر سرقة ضمان (٢) . وبهذا الوصف يجوز

(١) قدمنا في تكييف مركز الدائن المرتهن (راجع ماتقدم فقرة ١٧١) أنه يعتبر حائزاً قانونياً بالنسبة لحق الرهن . وهو بهذه المثابة لا يجوز اعتباره بمجرد حائز عرضي أو مادي simple detenteur ذلك أنه يكتسب حقاً تبعياً عينياً على العقار ، ينتقص من سلطات المالك ، فيخول له استثمار العقار واستهلاك الدين من ثمراته ، ويرتب له أفضلية على ثمن بيعه بل ويجيز له تتبعه في أي يد يكون .

وعلى هذا النحو نرى أن الدائن المرتهن رهن حيازة يحق له الاستعانة بدعوى منع التعرض ، ويجوز له من باب أولى استخدام دعوى استرداد الحيازة . وفي هذا الشأن نخالف الاتجاه الذي يحرم الدائن المرتهن من الالتجاء إلى دعوى منع التعرض ، تأسيساً على أنه مجرد حائز مادي . وقد بينا في دراستنا في المثل (فقرة ١٧١) أن حق الرهن يكتسب الدائن مركز الحائز القانوني ، شأنه شأن المنتفع تماماً بالنسبة لحق الانتفاع . قارن أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥ ص ١٢٧ ، ص ١٤٢ ، حيث يميز عن الاتجاه السائد بقصر حق الدائن المرتهن على الاستفادة من دعوى استرداد الحيازة فقط .

على أن الفقه الحديث في القانون المدني قد استقر على اعتبار الدائن المرتهن حائزاً قانونياً بالنسبة لحق الرهن في مواجهة الغير ، وبمجرد حائز مادي بالنسبة لحق الملكية في مواجهة المالك . هذا الرأي قيل به في فرنسا بشأن الرهن الحيازي الوارد على المنقول (بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٠٩ - جوسران ج ٢ فقرة ٧٣٦ - ريبير وبولانجييه فقرة ٣٤٨٤ وما بعدها) . وهو يصدق في مصر من باب أولى أياً كان محل الرهن ، باعتبار أن المشرع قد ألزم الدائن باستثمار المال المرهون ، وأكسبه بنص صريح حقاً عينياً يخول له الأفضلية والتتبع . بل ونميل كما سبق لنا البيان إلى اعتبار أن صفة الحائز القانونية تصدق على الدائن المرتهن في مواجهة مالك المال المرهون والغير معاً . ونؤسس هذا الحكم على أن حق الرهن ينتقص من مميزات المالك ، فيخول للدائن الاستئثار بالقيمة المالية للمال المرهون ، والاختصاص بثمراته ضماناً للوفاء بالدين (راجع في هذا المعنى كافكارليه المرجع السابق ص ٣١٥) .

(٢) بلانيول وريبير المرجع السابق ص ١٢٥ . ومقتضى هذا الحكم أن الدائن المرتهن يكون في مركز مالك المنقول الذي فقسده بسرقة أو ضياع . فإذا كان الحائز حسن النية جاز استرداد المنقول منه خلال ٣ سنوات من السرقة أو الضياع . وإذا كان قد اشتراه من سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، التزم الدائن المرتهن بتسجيل الثمن إلى الحائز ، وذلك تطبيقاً

للدائن المرتهن أن يطالب حائز المنقول حسن النية برده خلال ثلاث سنوات من تاريخ إفلات المنقول منه خلصة أو اغتصاباً .

١٧٩ - الاتجاه الحديث في القانون المقارن الى اقرار نظم قانونية

لرهن المنقولات مع احتفاظ الرهن بحيازتها :

اتضح لنا من دراستنا المتقدمة أن تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون هي الأداة القانونية الفعالة التي ارتضاها التقنين المدني الجديد للإعلان عن هذا الضمان الخاص بالاتفاق . وللاحتجاج به في مواجهة الغير . بل ولعل الحيازة أيضاً قصد بها إخضاع المال محل التأمين ، لسيطرة الدائن المرتهن ، على نحو يؤمنه على حقه . ويظهر ذلك بصفة خاصة بالنسبة للمنقولات ، التي يسهل على المدين إخفاءها أو التصرف فيها إلى حائز حسن النية ، مما يؤدي إلى إهدار الرهن المقرر عليها .

على أن حاجة الاقتصاد الحديث ، واتساع النشاط المالي والتجاري أفضى منذ زمن بعيد إلى ضرورة اصطناع أدوات قانونية تكفل تقرير ضمانات خاصة على المنقولات ، مع احتفاظ الرهن بحيازتها .

فلم يعد الائتمان قاصراً على تمكين الفرد من إشباع رغبة خاصة في اقتراض مبلغ من النقود . ورهن بعض ما يملك من المنقولات ضماناً لاوفاء بدينه . بل اتسع نطاق الائتمان فأصبح عنصراً من عناصر الإنتاج . وكشف التطور عن حاجة الأفراد والجماعات ، إلى الحصول على رؤوس أموال ، يضمن سدادها ما يملكون من أموال منقولة ، بشرط ألا يتخلوا عن حيازتها ، لأن بقاءها

= للأحكام العامة في الحيازة (م ٩٧٧) .

وجدير بالذكر في هذا الصدد الإشارة إلى حكم قانون العقوبات (م ٣٢٣ مكررة) الذي يعتبر في حكم السارق الرهن الذي يحتبس منقولات رهنها ضماناً للوفاء بدين عليه أو على غيره .

تحت سيطرتهم أمر لازم لمباشرة ما يقومون به من نشاط زراعى أو صناعى أو تجارى .

وقد عجل بأسباب هذا التطور ، ظهور أنواع جديدة من الأموال لم تكن معروفة من قبل ، ولا يستطيع المدين إذا أقبل على رهنها أن يتخلى عن حيازتها ، ومن ذلك مثلاً كافة الآلات الحديثة اللازمة لسير العمل فى المشروعات الهامة . وإذا اقتصرنا على نطاق المنقولات التقليدية من أموال الاستهلاك ، كالبضائع أو المحاصيل الزراعية ، لوجدنا أن تقرير ضمانات خاصة عليها ، مع وجوب انتقال حيازتها للدائن المرتهن ، لم يعد ملائماً لتزايد أهمية هذه الأموال . بل وقد يحجم الدائن عن تحمل هذه المسؤولية ، نظراً لما تتضمن من جهد ونفقة باهظة

لهذه الاعتبارات المتقدمة اتجه جهد المشرع فى القوانين الأجنبية المعاصرة ، إلى اصطناع أدوات قانونية تكفل تقرير ضمان خاص اتفاقى على المنقول ، دون أن يتخلى الراهن عن حيازته وهو ما يعبر عنه باصطلاح *gage sans dépossession* (١)

وقد قطعت فرنسا فى هذا السبيل شوطاً بعيداً . فعرفت نظاماً قانونية للضمان الخاص الاتفاقى ، يرد على المنقولات دون أن يتجرد الراهن من حيازتها . هكذا أقرت رهن السفن البحرية ، وسفن الملاحة النهرية ، والطائرات . وعلى

(١) راجع ما تقدم ص ١٥٠ هامش ١ - انظر أيضاً مقال هاميل فى هذا النوع من الرهن دالوز ١٩٤٥ ص ٣٧ - روبلو « التأمينات المنقولة من غير انتقال الحيازة » بحث فى منشور فى دراسات مهداة لخروج ريبير ١٩٥٠ ج ٢ وما بعدها - وبصفة خاصة كاربياك « حماية الدائن فى التأمينات الاتفاقية المنقولة دون الحيازة » رسالة من مونبلييه ١٩٥٤ .

وقد بينا فى دراسة متقدمة أن ثمة منقولات استجابت طبيعتها لنظام ضمان خاص قريب الشبه بالرهن الرسمى ، وذلك لخضوعها لتنظيم إدارى من حيث شهر التصرفات القانونية الواردة عليها (مثل السفن) ، أو لأنها تمثل مجموعة يتعذر إفلاتها من سيطرة الدائن ويحرص المدين على الاحتفاظ بحيازتها (مثل المحال التجارية) - (راجع ص ١٥٠ هامش ١ حيث نشير إلى إقرار المشرع المصرى بقوانين خاصة لرهن السفن والمحال التجارية) .

غرارها صدرت قوانين أخرى لتنظيم رهن العربات الميكانيكية ، والأفلام السينمائية . وكذلك أيضاً رهن الآلات وأدوات التجهيز .

وتطبيقاً للاتجاه المتقدم اصطنعت أدوات قانونية تكفل التعبير عن القيم المنقولة في وثيقة مكتوبة ، ميسورة التداول يمكن الحصول بها على ائتمان . وهكذا عرف ما يسمى بسندات التخزين Warrants . وعمم تطبيقها على الانتاج الزراعى والصناعى ، وبالنسبة لأموال استغلال الفنادق ، والبتروول وغيرها .

وليس في وسعنا أن نعالج هذه الصور من التأمينات ، فطابع دراستنا العام لا يتسع لها . كما أن مصر لا زالت خاضعة لتنظيم التقنين المدنى القائم بصفة أساسية على تجريد المدين من حيازة المال المرهون .

على أننا نقنع بالإشارة إلى أن جهد المشرع في صياغة أحكام هذا النوع الجديد من الرهن ، ينصرف إلى تقرير أدوات قانونية تكفل حماية الدائن المرتهن وتوثيق مصلحة الغير بالإعلان عن تقرير الضمان الخاص رغم احتفاظ المدين بحيازة المنقول . بل ويجب أن يراعى أيضاً تمكين المدين من حرية كافية تيسر له الاستفادة من الأشياء المرهونة ، وإلا كان بقاء الحيازة له عديم الجدوى

وتتعدد الوسائل القانونية لإدراك هذه الأهداف المتقدمة ، فتارة تكون الأداة من شأنها تزويد الدائن بحق تتبع المنقولات ، وأخرى تتمتع بمسؤولية شخص مكلف بالمحافظة على الأشياء المرهونة لحساب الدائن ، بل وقد يخضع المدين نفسه أيضاً لمسؤولية جنائية أو مدنية .

المطلب الثانى

الأحكام الخاصة لسريان الرهن الحيازى في مواجهة الغير

١٨٠ - وجوب توافر أوضاع خاصة تختلف باختلاف طبيعة المال المرهونه :

بيتا فيما تقدم أن الحكم العام لجواز الإحتجاج بحق الدائن المرتهن في مواجهة

الغير . هو أن تنتقل إليه حيازة المال محل التأمين ، أو إلى شخص آخر يتفق عليه المتعاقدان .

على أن المشرع لم يقنع بهذا الحكم العام ، بل استأزم إلى جازبه توافر أحكام خاصة تختلف حسب طبيعة المال المرهون . وعلى هذا النحو نرى فيما يلي بشروط سريان الرهن في مواجهة الغير بالنسبة للعقارات ، ثم المنقولات المادية ، وأخيرا المنقولات المعنوية .

١٨١ - رهن العقار :

نصت المادة ١١١٤ على أنه « يشترط لتنفيذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي » .

أشرنا من قبل أن المشرع المصري تحقيقا للانسجام في أحكام هذا الضمان الاتفاقى ، لم يقتنع بالعلانية التى يكفلها نظام الشهر العقارى بوجوب قيد كافة الحقوق العينية التبعية التى تتقرر على العقار ، بل اشترط إلى جانب ذلك انتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل الذى يتخير المتعاقدان . ويبدو لنا أن هذا الحرص لم يكن واجبا ، فقد أصبح من المألوف لكل فرد حينما يعنيه أمر عقار معين مملوك لمدينه ، أن يسلك الطريق الطبيعى لاكتشاف عن حالته القانونية ، وهو الاطلاع فى دفاتر الشهر فى المكتب المختص فى مصلحة الشهر العقارى .

وليس أدل على ذلك من أن المشرع نفسه أباح ، على سبيل الاستثناء ، أن يحتفظ الراهن بحيازة العقار بموجب عقد إيجار . واشترط فى هذه الحالة طبقاً لنص المادة ١١١٥ . أن يذكر الإيجار فى قائمة القيد ذاتها . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن ، فيجب أن يوثق به فى هامش القيد . ولا يكون التأثير واجبا إذا جدد الإيجار تجديدا ضمينا . وقد تضمنت المادة ٦/٣٠ شهر عقارى حكما

مماثلا لما جاء في التقنين المدني .

يستفاد من الحكم المتقدم أن تجريد الراهن من حيازة العقار لا يعتبر مظهرا أساسيا للاعلان عن حق الدائن المرتهن ، مادام السند القانوني لتبرير احتفاظه بحيازة العقار مذكورا في قائمة القيد . وكأن هذه القائمة هي المرجع الأساسي للحصول على معلومات تتصل بالعقار وما تقرر عليه من حقوق عينية تبعية .

وأيا ما كان الأمر ، فالوضع الحالي لتشريعنا ، يقتضي القول بأن مجرد قيد الرهن الحيازي لا يكفي وحده لتنفيذ الرهن في مواجهة الغير ، بل يلزم إلى جانب ذلك انتقال حيازة العقار إلى الدائن المرتهن أو الأجنبي المختار . ولا يتناسب مرتبة الرهن إلا من تاريخ توافر عنصرى العلانية معا . فاذا توافر أحدهما ، وتخلف الآخر ، جاز لكل ذى مصلحة أن ينكر على الدائن المرتهن حقه .

أخيرا ينبغي الإشارة إلى أن المشرع قد أحال بشأن اجراء القيد إلى كافة الأحكام التي ينصع لها الرهن الرسمي ، وقد أتيح لنا التفصيل في دراستنا من قبل (١) . ويلاحظ بطبيعة الحال أن الرهن الحيازي لا تدرى عليه الشروط الواجبة فيما يتعلق بالرسمية . فيكتفى أن يقدم إلى مكتب الشهر عقد الرهن الحيازي عرفيا ، ومصدقا فيه على الامضاءات . ولا يلزم لمحو الرهن برضاء الدائن أن يعبر عن ارادته في تقرير رسمي ، بل يكتفى أيضا بورقة عرفية مصدق فيها على التوقيع (م ٤٥ شهر عقارى) .

١٨٢ - رهن المنقولات المادية :

تنص المادة ١١١٧ على ما يأتي « يشترط لتنفيذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن ، والعين المرهونة بيانا كافيا . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن » .

(١) راجع ماتقدم فقرة ٥٧ وما بعدها .

يظهر من نص هذه المادة أن المشرع خشي من تواطؤ المدين مع أحد دائنيه بإيثاره برهن مزعوم ، حينما يتأهب الدائنون للحجز على المنقول ، فينقسل حيازته للدائن ، الذي يحتاج بحق الرهن استنادا إلى هذه الحيازة .

ويلزم لتوافر هذا الحكم الخاص ، أن يدون الرهن في ورقة مكتوبة ، تحمل تاريخا ثابتا ، يدرأ الغش ويتخذ أساسا لحسم النزاحم بين عدة دائنين مرتين . هذا التاريخ اليقيني المحقق يخضع لنص المادة ٣٩٥ من التقنين المدني التي تنظم سريان الأوراق العرفية على الغير (١) .

ويلاحظ هنا أن الكتابة ذات التاريخ الثابت قصد بها نفاذ الرهن في مواجهة الغير ، ومن ثم فهي لازمة حتى ولو لم تتجاوز قيمة المال المرهون مبلغ عشرة جنيهات .

أخيرا يجب أن تذكر في الوثيقة بيانات معينة تعتبر تطبيقا لمبدأ تخصيص الرهن ، الذي عني المشرع بتطبيقه أيضا في قوائم قيد الضمانات العقارية الخاصة .

أهم هذه البيانات هو مقدار الدين أو في القليل حده الأقصى إن كان احتماليا

(١) نشير في هذا الصدد إلى نص المادة ١١٢٢ التي تقضى بأن الأحكام العامة المتعلقة بالمنقول تسرى فقط بالقدر الذي لا تتعارض مع أحكام القانون التجاري والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها في الرهن وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول ، تطبيقاً لهذا النص خضع رهن المنقولات المادية رهنا تجاريا لأحكام تقنين التجارة . وفي هذا الصدد تقضى م ٧٦ تجارى المعدلة بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ بأنه يثبت الرهن الذي يعقد ضمانا لدين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية بالنسبة للمتعاقدين أو للغير . كذلك خضعت الرهون المعقودة لصالح بيوت التسليف على رهونات لأحكام الأمر العالى الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ، وهي لا تستلزم ثبوت تاريخ الرهن ، بل ولا تشترط وجود الكتابة اطلاقا إذا كانت قيمة المرهون أقل من مائتين وخمسون قرشا .

وأخيرا يستفاد من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ الخاص برهن الحاصلات الزراعية لبنك التسليف الزراعى ، أن الرهن يكون صحيحا نافذا في حق الغير حتى ولو لم يكن للورقة المكتوبة التي يدون فيها الرهن تاريخ ثابت .

أو مستقبلاً. ويجب في تقديرنا أيضاً ذكر تاريخ استحقاق الدين ومصدره (١).

كذلك أيضاً يجب تعيين المنقول المرهون تعييناً دقيقاً ، حتى لا يتسنى للمدين أن يتواطأ مع دائته ، باستبدال منقول بآخر اضراً بحقوق الدائنين الآخرين .

وتخصيص الرهن من المال المرهون ، يقتضي أن يكون نافياً للجهالة .
محققاً للغاية منه وهو تمكين الغير من التعرف عليه ، والأمر في هذا الصدد ،
موضوعي يترك لتقدير القضاء .

أخيراً يلاحظ أن رهن المنقول المادي لا يصلح تأميناً نافذاً في مواجهة
الكافة إلا إذا توافر فيه انتقال الحيازة ، وتلويته في ورقة ثابتة التاريخ ،
وتحتسب مرتبة حق الدائن المرتهن من اللحظة التي يجتمع فيها توافر الشرطين
معاً .

١٨٢ - رهن المنقولات المعنوية :

لا تخضع المنقولات المعنوية في سريانها على الغير لحكم مماثل ، بل تعدد
الأحكام باختلاف طبيعة المال ، وبصفة خاصة بالنسبة للديون حسب الوثيقة
التي ثبتت فيها .

١ - حق المؤلف في الاستغلال المالي للمصنف : قد منّا أنه يجوز للمؤلف أن
يرهن حقه في الاستغلال المالي (٢) تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة
١٩٥٤ في حماية حق المؤلف .

(١) راجع في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٨٣ . والواقع أن هذا البيان أساسي
في حالة تعدد الديون . إذ تظهر مصلحة الغير في العلم بمصدر الدين حتى يتحقق من صحته أو
بطلانه ، وتاريخ استحقاقه حتى يتعقب مصيره من حيث انقضائه . ويستفاد من نص م ١١١٧
أن المشرع يشترط أن يبين المبلغ المضمون بياناً كافياً .

(٢) راجع ما تقدم ص ٤٧٠ هامش ٢ .

وقد أشرنا إلى أن نص م ٣٧ من هذا القانون تجيز نقل حق الاستغلال المالى إلى الغير . ويقتضى هذا الحكم جواز رهنه ، وتمكين الدائن المرتهن من استهلاك دينه من غلة هذا الاستغلال ، أو بيع حق هذا الحق واستيفاء الدين من الثمن .

ويشترط لتمام التصرف (م ٣٧/٢) أن يكون مكتوباً ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه .

ويمكننا من هذا الحكم المتقدم أن نستخلص ما ينبغى أن يتوافر من شروط لنفاذ رهن حق الاستغلال المالى فى مواجهة الغير . فيجب أن يدون الرهن فى وثيقة مكتوبة ، وأن تحمل تاريخاً ثابتاً لإمكان الاحتجاج بها على الغير تطبيقاً للقواعد العامة فى الأوراق العرفية . هذه الوثيقة يجب أن تتضمن البيانات التالية

١ - بيان واضح مفصل للحق الذى تصرف فيه المؤلف (كحق ترجمة المصنف إلى لغة أجنبية أو استغلاله المالى) . ب - تحديد الغرض من التصرف بأن يذكر أنه على سبيل الرهن مع بيان الدين المضمون وتاريخ استحقاقه ، ومدة الاستغلال ومكانه .

وتكون حيازة الدائن المرتهن لهذا المال المعنوى بتسليمه الوثيقة متقدمة الذكر . وتحتسب مرتبة الرهن من اللحظة التى يتوافر فيها شروط هذه الورقة المكتوبة ، وتسليمها إلى الدائن .

٢ - رهن الديون العادية : تنص المادة ١١٢٣ على أنه « لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله وفقاً للمادة ٣٠٥ . ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحتسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول » .

يستفاد من نص هذه المادة أن رهن الحقوق الشخصية يلزم لنفاذه فى حق

المدين ، أن يعلن إليه ، أو يقبله وفقاً لنص م ٣٠٥ . ويلاحظ في هذا الصدد أن هذا الحكم ترديد للقواعد العامة في سريان حوالة الحق على المدين . فهي تصرف قانوني يكفي لانعقاده رضا الدائن المحيل والمحال له ، ولكن مصلحة المدين تقتضي علمه بها ، حتى تنعقد مسئوليته إذا قام بسداد الدين الدائنه الأصلي .

أما بالنسبة لغير فيجب لنفاذ الحوالة في مواجهتهم أن يكون قبول المدين ، أو إعلانه بها إذا لم يقبلها ، ثابت التاريخ . ويشترط بالاضافة إلى ذلك أن يتسلم الدائن المرتهن سند الدين المرهون .

ولا يستكمل رهن الدين عنصر العلانية إلا إذا توافر فيه شرطان : تسلم الدائن لسند الدين المرهون ، وإعلان المدين بالرهن أو قبوله إياه مع ثبوت تاريخ أى منهما . وإذا تزامم عدة دائنين كانت الأفضلية لمن استجمع توافر الشرطين معاً . على أنه يلاحظ أن هذه الأحكام لا تنطبق حينما يثبت تواطؤ الراهن مع أحد دائنيه على تسليمه سند الدين ، في تاريخ لاحق على رهن هذا الدين لدائن آخر قام بإعلانه للمدين أو حصل على قبوله بتاريخ ثابت . ويتأسس هذا الحكم على أن التواطؤ يتضمن الغش . والغش يفسد كل أمر (١) .

٣- السندات الإسمية والإذنية : يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه الحقوق ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان (م ١١٢٤) . وعلى هذا النحو يتم رهن السندات الإسمية بالتأشير بذلك في دفاتر الشركة التي أصدرتها .

(١) راجع التأصيل القانوني لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، تقدم فقرة ٦٨ مكرر ،

وأما السندات الإذنية فيكون رهنها بمجرد تظهيرها ، مع بيان الغرض من التظهير ، وتسليمها إلى الدائن .

٤ - السندات لحاملها : عاملها المشرع بنص صريح (م ١١١٨) معاملة المنقولات المادية . وهي بهذه المثابة تخضع للأحكام التي تقدم بيانها في رهن المنقولات المادية .

الفصل الثاني

آثار الرهن الحيازي

١٨٤ - تقسيم :-

يكتسب الدائن المرتهن رهن حيازه ، بمجرد انعقاد الرهن ، حقا عينيا تبعا على المال المرهون ، مع مراعاة التحفظ الذي سبق أن أشرنا اليه بشأن المقتولات المعنوية (١) .

فاذا استكمل الرهن عنصر العلانية بما يتضمن من حكم عام قوامه انتقال الحيازة ، وأحكام خاصة تختلف باختلاف طبيعة المال ، جاز للدائن أن يحتج بحقه في مواجهة الغير . فهو يتمتع بأفضلية تكفل له استيفاء دينه من المقابل النقدي للمال المرهون ، وفق المرتبة التي يخولها حق الرهن . وهو يباشر تلك الأفضلية حتى ولو انتقلت ملكية المال إلى الغير . وهذا هو ما يعبر عنه بالتابع الذي قد يجد من اطلاقه في المنقول ، حيازة من توافر لديه السبب الصحيح وحسن النية . بل وللدائن المرتهن أيضا أن يحبس الشيء المرهون في مواجهة الراهن والغير . وهي سلطة ينفرد بها هذا التأمين الاتفاقى ، وسنغنى ببيان نطاقها وآثارها .

وأخيرا يلتزم الدائن المرتهن باستثمار الشيء المرهون بالطريقة التي يصلح لها . وتخصم غلة هذا الاستثمار من الدين وماحقته ، على النحو الذى سنفصله . والحق فى الاستئثار بالغلة وخصمها على النحو المتقدم يعتبر عنصرا من عناصر حق الرهن الحيازي ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن .

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٥ وما بعدها .

ولما كان عقد الرهن يقتضى تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون ، فإنه يترتب على ذلك تقرير التزامات على عاتق الراهن ، واخرى على الدائن تحكم العلاقة القانونية التى تربط كلا منهما بالآخر . وتبدأ بالتزام الراهن بتسليم المال محل الضمان . وتنتهى بالتزام الدائن برده بعد استنفاد أغراضه منه وهى استيناء الدين : أو زوال الرهن لأى سبب آخر .

يتضح لنا مما تقدم أن دراسة آثار الرهن الحيازى ينبغى أن نعالج فيها علاقة الدائن المرتهن بالراهن . ثم نبحث السلطات التى يخولها هذا الضمان الاتفاقى لمن تقرر لصاحبه .

وقد أثرنا أن نهى هذه الدراسة بتخصيص بحث مستقل تتناول فيه آثار رهن الديون ، نظرا لما يتميز به من طابع خاص . وبذلك ينقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :-

- ١ - علاقة الدائن المرتهن بالدائن .
- ٢ - السلطات التى يخولها حق الرهن فى مواجهة الغير .
- ٣ - رهن الديون .

المبحث الأول

(علاقة الدائن المرتهن بالراهن)

١٨٥ - الرهن الحيازى يتقرر بعقد تبادلى ، يلغى على عاتق

الطرفين التزامات متعقدة :

بينما فيما تقدم (١) أن الدائن يكتسب حقا عينيا تبعا فور التعاقد إذا كان الشيء المرهون معيناً بالذات ومماوكا للراهن . وليس هذا الحكم سوى محض تطبيق للقاعدة العامة التى وردت فى نص م ٢٠٤ ، ومقتضاها

(١) راجع فقرة ١٧٣ ، ص ٤٨٦ هامش ١ .

أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

يلاحظ إذن أن التزام الراهن بتقرير حق عيني على العين المرهونة ينقضى فور التعاقد . ولكن يظل الراهن ملتزماً بتسليم العين ، وهو التزام تبعي متفرع عن تقرير الحق العيني .

وحتى يكفل المشرع تمتع الدائن بمزايا هذا الحق ، ألزم الراهن بضمان نفاذ الرهن وسلامته ، بل وألقى على عاتقه تبعة هلاك المال المرهون إذا كان ذلك نتيجة خطأه أو بفعل قوة قاهرة .

أما الدائن المرتهن ، فعليه يقع عبء استثمار المال المرهون والاستفادة من مزاياه في استهلاك الدين وملحقاته . ولما كانت حيازة المال تنتقل إليه ، فإن ذلك يقتضى أن يسأل عن المحافظة عليه ، وأن يلتزم برده بعد استنفاد أغراضه منه أو زوال الرهن بصفة عامة .

هذه هي التكاليف والأعباء التى تنتج عن العقد نتيجة لتقرير حق عيني تبعي لصالح الدائن المرتهن . وسنغنى فيما يلي بدراسة التزامات الراهن ، ثم نعالج التزامات الدائن .

المطلب الأول

التزامات الراهن

يختلف الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي من حيث مضمون حق الدائن في كل منهما . فالدائن المرتهن رهناً رسمياً يقنع بالانتظار حتى يحين أجل الوفاء بالالتزام ، وهو خلال هذه الفترة يتربص بالقيمة الاقتصادية للعقار المرهون فيشتى الراهن عن كل عمل مادي أو قانوني يفضي إلى انقاص الضمان انقاصاً

كبيراً أو يؤدي إلى عدم كفايته على النحو السابق دراسته بالتفصيل في الرهن الرسمي . فإذا ما حل أجل الوفاء بالدين ولم يقم المدين به ، عندئذ يتحرك الدائن المرتهن لمباشرة سلطة الافضلية على المقابل النقدي للعقار المرهون ، ويحق له في سبيل مباشرة هذه السلطة أن يتعقب العقار تحت يد الغير .

أما الدائن المرتهن رهن حيازة فهو لا يقنع بالنظر إلى المال المرهون نظراً ضمان خاص يكفل له استيفاء دينه عند عدم الوفاء . وإنما ينبغي منذ البداية أن يسيطر على المال المرهون سيطرة قانونية عن طريق حيازته . ثم يقوم باستغلاله إن كان قابلاً للاستغلال أو يستعمله استعمالاً يقوم نقداً . ومن حصيلة الاستغلال أو القيمة النقدية للاستعمال يتم استهلاك ملحقات الدين وأصله عن طريق الوفاء التدريجي . ولا يتيسر ادراك هذه الغاية إلا من طريق حيازة المال المرهون . ولا يمكن الاستمرار في تحقيقها إلا إذا بقي المال المرهون سليماً لا يهدده هلاك أو تلف ، وظل في مأمن من أي عمل مادي أو قانوني يهدده بالضيق أو النقصان .

من أجل هذا كله تتفرع كافة الالتزامات الملقاة على عاتق الراهن . فتبدأ بالتزام بالتسليم يجعل السيطرة القانونية على المال المرهون للدائن المرتهن . وتتعرز بالتزام يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وآخر يلقي عبء مسؤولية الهلاك أو التلف على الراهن ، إذا هلك المال أو تلف نتيجة خطأ الراهن أو بسبب أجنبي . وفيما يلي نعالج كل التزام منها على انفراد .

١٨٦ - الالتزام بتسليم المال المرهون :

نصت المادة ١٠٩٩ من التقنين المدني على ما يأتي « على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه - ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع » . يعتبر هذا الالتزام مكملًا لالتزام الراهن بتقرير حق عيني تبقي على المال

المرهون . وقد بينا أن الدائن يكتسب هذا الحق فور التعاقد مادم الشيء المرهون معيناً بالذات ومملوكاً للراهن .

على أن اكتساب هذا الحق يلزم لتوافر عنصر العلانية فيه ، أن تنتقل حيازة المال إلى الدائن المرتهن (١) . ومن هنا أوقع المشرع على الراهن التزاماً بتسليم هذا المال .

والتسليم بالمعنى المتقدم هو وضع المال تحت تصرف الدائن المرتهن أو العدل بحيث يتيسر له حيازته . فإن لم ينفذ المدين التزامه طوعاً أو أجبر على التنفيذ العيني (٢) أو عن طريق التعويض ، مع جواز تمسك الدائن بإسقاط الأجل بناء على عدم تقديم التامين الموعود به (المادة ٣٧٣ مدني) .

والأصل هو تطبيق الأحكام الخاصة بتسليم الشيء المبيع . إنما ينبغي بشأن الرهن أن نراعى أن هدف التسليم هو توافر علانية هذا الضمان الخاص ، وتمكين الغير من العلم بوجوده عن طريق حيازة الدائن المرتهن للمال المرهون .

تطبيقاً لما تقدم يجب أن يكون التسليم مؤدياً إلى خروج المال من حيازة الراهن خروجاً فعلياً . فلا يكفي أن يكون التسليم حكماً ، لأنه لا يجدي في نفاذ الرهن على الغير . والتسليم الحكمي يقع إذا احتفظ الراهن بالمال المرهون بسند آخر كعارية أو إيجار . وهو كما قدمنا لا يبرئ ذمة الراهن ، بل يحق للدائن المرتهن أن يطالب بالتسليم الحقيقي المؤدي فعلاً إلى انتقال الحيازة إليه أو إلى العدل المختار .

ويستثنى من الحكم المتقدم كما سبق البيان ، حالة ما إذا كان المرهون عقاراً ،

(١) راجع ما تقدم في دراسة الحيازة كحكم عام لسريان الرهن في مواجهة الغير .
(٢) انظر نقض مدني في ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ مجموعة القواعد القانونية التي أصدرتها محكمة النقض ج ١ ص ٣٩٣ . وفيه تقرر المحكمة أنه « في عقد الرهن الحيازي إذا امتنع الراهن عن تسليم الرهن أمكن للمرتهن أن يجبره على ذلك قضاء » .

واستبقى الراهن حيازته على سبيل الإيجار ، بشرط ذكره في قائمة القيد أو التأشير به إذا وقع في تاريخ لاحق (١) .

أما من حيث زمان التسليم وكيفية حصوله ومكانه ، فتتبع الأحكام التي تنظم تسليم الشيء المبيع . فيلتزم الراهن بتسليم المال بالحالة التي يكون عليها وقت التعاقد ، ويخضع التسليم لحكم الملحقات في العين المبيعة كما سبق البيان في دراستها . . .

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع قد أجاز في عقد البيع (م ٢/٤٣٥) أن يقع التسليم بمجرد تغيير سند حيازة المشتري ، كما لو كان في حيازته قبل البيع بموجب إيجار أو عارية .

وقد أثار الفقه الفرنسي الشك في جواز انطباق هذا الحكم على الدائن المرتهن . باعتبار أن هذا التغيير في سند الحيازة لا يكفي في دلالته لتمكين الغير من العلم بتقرير الرهن . ويبدو لنا وجوب إخضاع الأمر لتقدير قاضي الموضوع يفصل فيه على ضوء ما يعرض له من وقائع ، مستهدياً في ذلك بالهدف من الحيازة كوسيلة للإعلان عن الرهن (٢) .

١٨٧ - الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه :

تنص المادة ١١٠٦ على ما يأتي « يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون » .

(١) أقر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ صحة الرهن الحيازي الذي ينعقد لصالح بنك التسليف الزراعي بضمان المحصولات ، حتى ولو بقيت المحصولات في مخازن المدين ، بشرط أن تختم أبواب المخازن بالشمع الأحمر وأن تعلق عليها بطريقة ظاهرة ألواح تحمل اسم البنك .
(٢) أنظر جابريل جابولد أنسكلويدي دالوز ج ٢ ص ٨٥٥ بند ٧٦ .

يتضح من النص المتقدم أن الراهن يقع عليه التزام بالقيام بكل ما يلزم لتنفيذ الرهن وضمان سلامته ، والامتناع عن كل مايؤدى إلى حرمان الدائن من الاستئادة من الضمان الخاص الذى اكتسبه على المال المرهون .

وتطبيقاً لهذا الحكم ، يجب على الراهن أن يعين الدائن فى استكمال أحكام نفاذ الرهن على الغير ، فإن كان المرهون عقاراً ألزم بالمعاونة فى إجراء القيد . وإن كان منقولاً وجب عليه تيسير التصديق على التوقيعات لإعطاء الورقة العرفية تاريخاً ثابتاً يجعلها سارية فى مواجهة الغير .

بل ويضمن الراهن أيضاً تمكين الدائن من مباشرة حقوقه وسلطاته دون عائق . وبهذه المثابة يمتنع عليه القيام بأى عمل ماذى أو إجراء أى تصرف قانونى يمس حق الدائن المرتهن أو يعوق مباشرة سلطاته . فتتخذ مسئوليته مثلاً إذا عمد إلى محاولة سلب الحيازة ، أو وضع العقبات فى سبيل استغلال المال المرهون .

وقد زود المشرع الدائن المرتهن بوسيلة عاجلة تكفل له المحافظة على حقه ، ودفع كل تعرض يمسّه ، فأجاز له السعى إلى القاضى يسأله اتخاذ ما يازم من إجراءات للمحافظة على الشئ المرهون ، وتكون المصروفات التى تنفق فى هذا الشأن على نفقة الراهن ، ويحق للدائن أن يستوفىها فى نطاق الأفضلية التى يكفلها له الرهن .

كما يلاحظ فى هذا الصدد أيضاً أن المشرع قد أحال فى المادة ١١٠٢/٢ على المادة ١٠٤٨ الواردة فى باب الرهن الرسمى . وتنص هذه المادة فى فقرتها الأخيرة على جحق الدائن فى أن يطلب من القاضى وقف الأعمال التى تعرض المال المرهون للهلاك أو التلف ، أو تجعله غير كاف ، واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر .

وبهذه الاحالة التشريعية يتأكد التزام الراهن بوجوب الامتناع عن كل عمل ماذى أو إجراء أى تصرف قانونى يؤدى إلى تعريض المال المرهون للهلاك

أو التالف ، أو يفضى إلى المساس بكيانه الاقتصادى وعدم كفايته للضمان .

ومن قبيل الأعمال المادية التى تعقد مسئولية الراهن اتلاف المرهون أو اتيان عمل يترتب عليه هلاكه ، أو محاولة انتزاعه من تحت يد الدائن المرتهن خلسة أو اغتصابا ، أو وضع العقبات فى سبيل تمكين الدائن المرتهن من استغلال المال المرهون .

أما التصرفات القانونية (١) فهى تنفذ فى حق الدائن المرتهن مادامت قد انعقدت وتم شهرها قبل أن يحوز الدائن المال المرهون ويستوفى أحكام علانية الرهن الخاصة التى وضعها القانون وفقا لطبيعة المال المرهون .

على أن التصرف الذى ينفذ أصلا فى حق الدائن المرتهن يجوز الطعن فيه إذا انعقد بالتواطؤ مع الغير ، وذلك لإعمالا لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر (٢) . ويتوافر ذلك فى رهن العقار إذا بادر الراهن بتقرير رهن جديد وتم قيد الرهن وتسليم العقار للدائن المرتهن الثانى بالتواطؤ ، قبل أن يتيسر للدائن المرتهن الأول استلام العقار . ويكون الحال كذلك فى رهن المنقول ، إذا بادر الراهن ببيع المنقول أو رهنه وتسليمه للمشتري أو الدائن المرتهن الثانى بطريق التواطؤ ، قبل أن يتمكن الدائن المرتهن الأول من تسلم المنقول .

أخيرا يلاحظ أن الراهن يسأل عن تعرض الغير القانونى للدائن المرتهن ، إذا كان هذا التعرض يمس سلامة الرهن . وعلى هذا النحو إذا ادعى شخص من الغير ملكية المال المرهون ، فهنا يلتزم الراهن بدفع هذا التعرض بكافة الوسائل ، فإذا أخفق فى دفعه واستحق المرهون فعلا لمدعى ملكيته ، فهنا يحق للدائن المرتهن المطالبة بالتعويض ، والتسلك بسقوط الأجل والوفاء الفورى بالالتزام .

(١) انظر فى سلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون دراستنا السابقة للرهن الرسمى
فقرة ٧٩ وما بعدها ،

(٢) راجع فى التأصيل القانونى لهذا المبدأ فقرة ٨٤ .

أما التعرض للمادى فلا يسأل عنه الراهن ، ويجب على الدائن عندئذ أن يتولى بنفسه دفع هذا التعرض بكافة الوسائل القانونية . وذلك بوصفه حائزاً قانونياً لحق الرهن .

نخلص مما تقدم أن التزام الراهن بضمان سلامة الرهن وإنفاذه أساسه توفير حيازة هادئة للدائن المرتهن تكفل له مباشرة سلطة الاستغلال على النحو الذى يحقق له غايته من استيفاء الدين وملحقاته عن طريق الوفاء التدريجى . ومضمون هذا الالتزام هو الامتناع عن كل فعل مآدى أو تصرف قانونى يهدد المال المرهون أو ينقص من قيمته الاقتصادية على النحو السابق بيانه . كما يضمن له أيضاً تعرض الغير القانونى .

أما جزاء الإخلال بهذا الالتزام فيتمثل فى حركة وقائية يقوم بها الدائن المرتهن . وبها يتجه إلى القاضى يسأله المعاونة فى اتخاذ كافة الاجراءات التى تنمضى إلى المحافظة على الشئ المرهون . كما له أن يعترض على كافة التصرفات التى تهدد التأمين بالضيق .

ويجوز للدائن أيضاً أن يطالب بفسخ الرهن ، وعندئذ تحق له المطالبة بالاداء الفورى للالتزام وتجريد المدين من الأجل الذى اقترن بتنفيذه .

أما إذا وقع المحذور وهلك التأمين أو تلف ، فهنا تخضع العلاقة بين الراهن والدائن للأحكام الواردة فى نصوص المواد ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ فى باب الرهن الرسمى ، وهى التى سنشير إليها فيما يلى .

١٨٨ - الالتزام بضمان هلاك المال المرهون أو تلفه :

تقضى المادة ١١٠٢ بأن الراهن يضمن هلاك الشئ المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لحطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة . وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشئ المرهون رهناً .

رسمياً أو تلفه وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق (م ٢/١١٠٢)

يستفاد من النصوص المتقدمة أن تبعة هلاك المال المرهون تقع على عاتق الراهن إذا هلك بخطئه أو كان ذلك نتيجة قوة قاهرة .

ولكن يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع قد ألقى على عاتق الدائن المرتهن التزاماً بالمحافظة على المال المرهون بعد تساميه . بل وجعله مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ، ما لم يثبت السبب الأجنبي . فكأن تبعة الهلاك تقع على المدين ، ولكن يلزم لتطبيق هذا الحكم ، إذا انتقلت حيازة المال إلى الدائن ، أن يثبت توافر السبب الأجنبي . ويستفاد من ذلك أن المشرع جعل التزام الدائن بالمحافظة على المال ، التزاماً بتحقيق نتيجة ، وعقد مسئوليته عن الهلاك أو التلف لجر دوقوعه ، ولا تنفى هذه المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي . وسنغنى لتفصيل مضمون هذا الالتزام في دراسته .

أما أثر الهلاك أو التلف فالمرجع فيه إلى نص المادة ١٠٤٨ التي وردت في باب الرهن الرسمي . وخلاصتها أن الهلاك المنسوب إلى خطأ الراهن ، يخول للدائن المرتهن الخيار بين مطالبة عاجلة بالوفاء ، أو اقتضاء تأمين جديد . والهلاك الواقع بسبب أجنبي يكون الخيار فيه للراهن بين أداء فوري للمدين ، أو تقديم تأمين آخر ، هذا كله ما لم يقبل الدائن بطبيعة الحال الإبقاء على الأجل المقترن بالالتزام بلا تأمين يكفل الوفاء به .

أخيراً عن المشرع بتقرير إحالة صريحة إلى نص المادة ١٠٤٩ التي تبسط وعاء الأفضلية ، فتجيز للدائن أن يستوفي حقه من المقابل النقدي المستحق عن هلاك المال المرهون كعوض تأمين أو مبلغ تعويض أو مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة (١) .

المطلب الثاني

التزامات الدائن المرتهن

تقع على عاتق الدائن المرتهن مجموعة من الالتزامات ، يجمعها فكرة واحدة وهي أن حيازة المال المرهون تنتقل إلى الدائن المرتهن . وأنه يتلقى من الراهن سلطة أصيلة هي استغلال المال . مقابل استهلاك الدين وملحقاته من حصة هذا الاستغلال .

على هذا النحو كأن من الضروري أن يتحمل الدائن عبء صيانة المال المرهون والمحافظة عليه .

وهكذا ألزم المشرع الدائن بأن يستغل المال ويستثمره ، حتى يتيسر استهلاك الدين المضمون وملحقاته من حصة الاستغلال . وبذلك تجاوز الرهن الحيازي الدور التقليدي للضمانات الخاصة ، وهو توفير الأمان للدائن في الحصول على حقه مفضلاً على غيره من الدائنين ، وأصبح وسيلة لوفاء التدرجى بالدين .

أخيراً يتجرد الدائن من الحيازة القانونية للمال المرهون ، ويلتزم برده ، حينما تنتفى الحكمة من الحيازة . ويتحقق ذلك بزوال الرهن بصفة أصلية أو تبعية .

هذه هي مجموعة الالتزامات المختلفة التي سنغنى فيما يلي بتفصيل أحكامها .

١٨٩ - الالتزام بحفظ المال المرهون وصيانه :

تقرر المادة ١١٠٣ أنه « إذ تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه » .

غنى عن البيان أن هذا الالتزام لا يتصور تقريره على عاتق الدائن المرتهن إلا إذ تسلم فعلا المال المرهون . عندئذ تنتقل إليه حيازته ، ويسأل عن إدارته واستغلاله ، وفى هذا السبيل أيضاً يلتزم بالمحافظة على المال وصيانته من الهلاك أو التلف .

ويراعى وجوب تحديد مضمون التزام الدائن المرتهن . فقد أتت صياغة المادة ١١٠٣ على نحو قد يغرى بالقول أن نطاق الأداء الملقى عليه يطابق أوصاف الالتزام ببذل عناية .

ونعنى بذلك ، الإشارة إلى تفرقة ذاع صيتها فى الفقه الحديث ، وأخذت طريقها إلى الاستقرار فى القضاء المصرى ، وهى تقسيم الالتزامات إلى طائفة ببذل عناية ، وأخرى بتحصيل نتيجة (١) .

يقع على عاتق المدين فى الالتزام بتحصيل نتيجة إدراك نتيجة محددة ، فإن لم تتحقق اعتبر مقصراً فى تنفيذ التزامه ما لم يثبت السبب الأجنبى الذى حال دون وقوع هذه النتيجة . وهو بهذه المثابة يعتبر ضامناً لتحقيقها . من ذلك مثلاً تعهد شخص بتسليم بضاعة فى تاريخ معين ، أو بحسب الاتجاه الحديث فى القضاء المصرى التزام متعهد نقل البضائع بإيصالها سالمة إلى جهة الوصول أو التزام أمين نقل الأشخاص بتأمين سلامة المسافر . فى هذه الصور المتقدمة لا يعتبر المدين أنه قد نفذ التزامه ، إلا إذا حقق النتيجة المطلوبة ، فإن تخلفت انعقدت مسئوليته ما لم يثبت السبب الأجنبى (٢) .

(١) أنظر فى بيان هذه التفرقة مازو المسئولية المدنية الطبعة الرابعة . ج ١ فقرة ١٠٣ وما بعدها . تونك مجلة الأسبوع القانونى ١٩٤٥ القسم الأول ص ٤٤٩ - أو سيل تعليق فى نفس المجلة ١٩٥٣ ص ٧٥٣٧ . راجع أيضاً اسماعيل غانم محاضرات فى أحكام الالتزام ص ٣٦ وما بعدها .

(٢) أنظر نقض مدنى ٧ يناير ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى عدد ٢ سنة ٥ ص ٤٠٢ - القاهرة الابتدائية ١٣ مارس ١٩٥١ المحاماة سنة ٣١ عدد ٨ ص ١٣٨٦ .

أما الالتزام ببذل عناية فقتضاه تحديد نطاق الأداء الملتي على عاتق المدين ،
بوجوب اتخاذ مسلك معين يجب ألا ينحرف عنه . ولكنه لا يضمن للدائن
تحقيق النتيجة التي يؤدي إليها هذا المسلك ، وذلك في الأحوال التي تكون فيها
النتيجة التي يأملها الدائن احتمالية ، على نحو يجعلها غير خاضعة لسيطرة المدين .
والمثال التقليدي عليها ، هو التزام الطبيب الذي يتحدد بوجوب بذل العناية التي
تقتضيها أصول المهنة ، دون أن يمتد إلى ضمان شفاء المريض .

ويعتبر الطبيب أنه قام بتنفيذ التزامه إذا ما اتخذ المسلك الواجب عليه . وعلى
الدائن إذا أراد عقد مسئولية ، أن يثبت انحرافه بعدم بذل العناية المطلوبة .

وقد عني المشرع المصري في المادة ٢١١ من التقنين المدني بوضع معيار مادي
للعناية المطلوبة من المدين إذا كان ملتزما بالمحافظة على شيء ، أو بالقيام بإدارته
أو بتوخي الحيلة في تنفيذ التزامه . فقرر أن المدين يكون قد وفى بالالتزام
إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق
الغرض المقصود . وكأن عناية الشخص العادي هي المعيار المادي المتوسط الذي
تخيره المشرع المصري كقاعدة عامة . على أنه تارة يتطلب عناية أكثر وأخرى
يقنع بعناية أقل ، في صور ورد بشأنها نصوص خاصة (م ٦٤١ في عقد العارية ،
م ٧٢٠ في الوديعة على سبيل المثال) .

ويلاحظ وجوب مراعاة الحيلة في الرجوع إلى هذه النصوص ، للاستدلال
منها على تحديد نطاق تقسيم الالتزامات إلى بذل عناية أو تحصيل نتيجة .

فلا يكفي أن يرد نص في القانون يقرر أن المدين ملتزم ببذل عناية معينة ،
للقول بأنه غير ضامن لتحقيق النتيجة التي تؤدي إليها هذه العناية عادة .

وإنما يجب الاستناد إلى معيار آخر ، وهو الرجوع بين الفقهاء المروجين لهذا
التقسيم ، قوامه أن العبرة بمدى احتمال وقوع النتيجة ، ومدى سيطرة المدين عليها
وقدرته على تحقيقها . فإن كانت العناية المطلوبة منه تؤدي إلى الغاية منها ، كنا
بصدد التزام بتحصيل نتيجة .

المثال الحى الذى يصدق عليه المعيار المتقدم هو التزام الدائن المرتهن المقرر فى نص م ١١٠٣. فهو يلتزم باتخاذ مسلك معين فى المحافظة على الشئ المرهون وصيانيته. ولكنه يضمن أيضا سلامته ، فقد افترض المشرع أن العناية المطلوبة منه ، تؤدى إلى الإبتناء على الشئ سائبا دون أن يصيبه التلف أو يلحقه الهلاك . فإن تلف أو ذلك انعقدت مسؤوليته . باعتباره ضامنا لنتيجة معينة ، مالم يثبت السبب الأجنبى الذى جعلها تفلت من سيطرته . وعليه بطبيعة الحال عبء هذا الإثبات .

وأخيرا نشير بصدد التزام الحفظ والصيانة إلى نص المادة ١١١٦ التى تلزم الدائن المرتهن لعقار ، أن يتعهد بالصيانة ، وأن يقوم بالتفقات لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنويا على العقار من ضرائب وتكاليف ، على أن يستنزل من الثمار التى يحصلها قيمة ما أنفق . وتستوفى هذه القيمة من ثمن العقار حسب المرتبة التى يخولها له حق الرهن .

وجدير بالذكر أن التزام الدائن المرتهن بأداء ما يستحق من ضرائب ، وثيق الصلة بحفظ العقار . إذ أن إهمال الدائن فى هذا الشأن قد يؤدى إلى خروج العقار من ذمة الراهن ، إذا ما بيع نجرا لاستيفاء الضرائب المستحقة عنه .

١٩٠ - الالتزام بإدارة المال المرهون واستثماره :

عاجلت المواد من ١١٠٤ إلى ١١٠٦ الأحكام التى تنظم إدارة المال المرهون واستثماره ، والقواعد التى تحكم استهلاك الدين وملحقاته من غلة الاستثمار . ثم بينت حكم الاتفاق الذى يجعل الغلة مقايلا للقوائد ، والقيود القانونية التى يخضع لها .

إدارة المال المرهون - الرهن المرتهن مائت قانونى : ينفرد الرهن الحيازى بين النظم القانونية للضمانات العينية الخاصة ، بسلطة تميزه عن غيره ، وتباعد بينه وبين الرهن الرسمى ، إذا كان المرهون عقارا .

مباشرة هذه السلطة اقتضت من المشرع أن يلتقى على عاتق الدائن المرتهن رهن حيازة ، التزاما بإدارة المال محل التأمين واستثماره . على نحو قد يفضي إلى استهلاك الدين وملحقاته ، دون حاجة للالتجاء إلى إجراء بيعه جبرا .

والدائن إذ يباشر هذه السلطة . يصدق عليه وصف الحائز القانوني . وقد بينا في دراسة سابقة (١) أن الرهن يكسبه حقا عينيا تبعا على المال المرهون . مضمون هذا الحق يخول للدائن استيفاء الدين المضمون من المقابل النقدي لهذا المال ، ويجيز له تتبعه بالقدر الذي لا يتعارض مع اهدار حق حائز المنقول بحسن نية وسبب صحيح . ويشمل مضمون الحق أيضا سلطة حبس المال حتى يستنفذ الدائن أغراضه من الرهن .

أشار المشرع المصري إلى السلطات المتقدمة في الصياغة التي اختارها لتعريف الرهن الحيازي في المادة ١٠٩٦ من التقنين المدني .

ولكنه لم يتناول سلطة الاستثمار وخصم الغلة من الدين وملحقاته إلا بصدد بحث التزامات الدائن المرتهن في المادة ١١٠٣ وما بعدها . على أن ذلك لا يمنع من أن هذه السلطة كما يستفاد من أحكامها ، تعتبر عنصرا أساسيا في مضمون الحق العيني المخول للدائن المرتهن رهن حيازة .

ولو اقتصرنا على العقار ، فعقدنا المقارنة بين مركز الدائن المرتهن في الرهن الرسمي ، ومركزه في الرهن الحيازي ، لأمكن القول أن الأول يتعلق حقه بثمار العقار منذ تاريخ معين هو تسجيل تنبيه نزع الملكية (م ١٠٣٧) . أما الثاني فقد أثره بحكم خاص ، يمكنه من الاستئثار بهذه الثمرات منذ انعقاد العقد وخصمها من ملحقات الدين وأصله على النحو المبين بالقانون (م ١١٠٤ / ٢) .

أطلق المشرع هذا الحكم المتقدم ، فجعله عاما في تطبيقه يشمل الرهن الحيازي سواء كان محله عقارا أو منقولا قابلا للاستثمار .

(١) أنظر ما تقدم فقرة ١٧٧ .

ومن هنا يبدو لنا أن الدائن المرتهن في الرهن الحيازي ، يستأثر بسلطة من سلطات المالك الأساسية ، وهي استغلال المال . ومقابل هذا الاستئثار هو استهلاك الدين في ملحقاته وأصله .

ولا تعتبر هذه السلطة ، في تقديرنا ، نتيجة حتمية لحق الدائن في حبس المال المرهون . فقد عرفت بعض النظم القانونية للضمان الخاص الاتفاقى ، التى تكفل للدائن حبس المال المحمل بالتأمين ، دون أن تخول له استثماره أو تلزمه بذلك . وهذا هو طابع الرهن الحيازي الوارد على المنقول فى القانون الفرنسى (١) .

على ضوء ما تقدم نميل إلى القول بأن إدارة المال المرهون واستثماره تعتبر من عناصر الرهن ، وعلى هذا النحو نكون بصدد سلطة تدخل فى مضمون الحق العينى المقرر للدائن المرتهن . وهو إذ يباشر هذه السلطة ، يكون أصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن (٢) .

(١) أنظر بوردان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٣٩ .

(٢) راجع فى هذا المعنى المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ج ٧ ص ٢١٩ حيث تقرر « والحق فى أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن » . أنظر أيضا فى هذا الاتجاه عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٨٦ وبصفة خاصة ص ٦١٤ وما بعدها .

قارن نقض مدنى فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض س ٢ عدد ١ ص ٩٣ وفيه تقرر المحكمة أن «الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن فى استغلال إدارة العين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك . ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما » . راجع فى تأييد هذا الاتجاه شفيق شحاته فقرة ١٥٩ ، محمد على امام ص ٥٢٧ وما بعدها - وانظر أيضا سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ حيث يرى أن الدائن وإن لم يعتبر وكيلًا عن الراهن فهو نائب قانونى عنه .

وقد أوضحنا فى المتن عدم تسليمنا بخلق صفة النائب القانونى على الدائن ، أو تخصيصها بأنه وكيل ، باعتبار أن الاستثمار سلطة يباشرها بالإصالة عن نفسه ، وعلى أساس أنها تدخل فى مضمون الحق العينى الذى تقرر له على المال المرهون . راجع ما تقدم فقرة ١٧٧ وقد أشرنا فى هذا الموضع أن استغلال المال المرهون سلطة أصلية ينتزعها الدائن المرتهن من الراهن ويباشرها لحسابه .

هذا التصوير الذى نميل إلى الأخذ به ، لا يتعارض مع اعتبار استثمار المال المرهون واستغلاله من قبيل الالتزامات التى تلقى على عاتق الدائن المرتهن . بل على النقيض من ذلك يمكن اتخاذه سنداً لتأييد ما نذهب إليه . ذلك أن الرهن الحيازى تأمين عيني خاص يقوم على تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون ، وينضى إلى تقرير حق عيني تبعى عليه . مضمون هذا الحق يتناول بين السلطات التى يخولها ، حق استثمار المال المرهون وخصم الدين بأصله وملحقاته من غلة الإستثمار . وكأن الراهن إذ نقل إلى الدائن سلطة الاستغلال المتفرعة عن حق الملكية ، يتلقى عوضاً عنها ، هو إبراء ذمته من الدين وملحقاته بالقدر الذى يستهلك من الغلة . ومن هنا يظهر لنا أن طبيعة هذا التصرف القانونى ، اقتضت من المشرع أن يجعل استغلال المال المرهون حقاً للدائن ، وواجباً عليه . مظهر الحق فيه أنه يستأثر بالثمرات وحده فلا يشاركه فيها أحد ، ومناطق الواجب أن هذا الاستثمار يقع بمقابل ، يتمثل فى خصم الدين وملحقاته ، وهنا لم تترك الحرية للدائن المرتهن فى استغلال المال المرهون أو اهماله له (١) .

= ويتلقى الدائن هذه السلطة بمقابل ، هو خصم حصيلة الاستغلال من أصل الدين وملحقاته . وبهذه المثابة يتجاوز الرهن الحيازى دور الضمان الخاص الذى يكفل تنفيذ الالتزام جبراً عند عدم قيام المدين بأدائه ، ليصبح وسيلة للوفاء التدريجى بالالتزام . وهو أمر مألوف فى الرهن الحيازى العقارى فى البيئات الريفية فى مصر .

(١) قارن محمود جمال الدين زكى حيث يعيب على هذا الرأى التناقض من حيث اعتبار استغلال الشيء المرهون حقاً للمرتهن . وفى نفس الوقت واجباً عليه لأن الحق فى نظرية القانون نقيض الواجب . كما أنه لا تجوز فى نظرة المقارنة بين الدائن المرتهن والمتنفع ، وذلك لأن المرتهن لا يستطيع الانتفاع بالشيء المرهون دون مقابل ! ، وأخيراً يعلق صاحب هذا الرأى على عدم جواز التسليم بأن الاستغلال عنصر فى الرهن الحيازى بدليل أن المادة ٢/١١٠٤ تجيز ترك الشيء المرهون بغير استثمار !

ويبدو لنا أن الرأى المتقدم لم يقبل التصوير القانونى الذى ارتقىناه للدائن المرتهن رهن حيازة (راجع ماتقدم فقرة ١٧٧) . فقد بينا فى هذا الصدد أن الدائن المرتهن يعتبر حائزاً قانونياً لحق الرهن ، وأن هذا الحق يتضمن فضلاً عن السلطات التقليدية فى الحقوق العينية التبعية وهى الأفضلية والتتبع ، سلطة أخرى هى استغلال المال المرهون ، وهى تتلقى هذه السلطة من الراهن بمقابل هو استهلاك الدين وملحقاته بطريق الوفاء التدريجى . ومن هنا كان الحق والواجب فى الاستثمار . فهو حق من ناحية أن أحداً لا يستطيع أن يزاحمه فيه أو يشاركه فى ثمراته ، وهو واجب من حيث أنه يقع =

ولعله من اليسير أن نقارب بين 'مركز المنتفع' والدائن المرتهن في هذا الصدد . فالمنتفع يكتسب حقاً عينياً على المال ، بعوض أو بغير عوض ، يخول له الاستعمال أو الاستغلال ، وتترك حرите مكفولة في مباشرة هذه السلطات ، باعتبار أن مالك الرقبة يفترض فيه أنه تلقى من المنتفع عوضاً ، أو منحه الانتفاع على سبيل التبرع . أما الدائن المرتهن فهو إذ يكتسب سلطة الاستغلال يتلقاها بعوض ، تقتضي طبيعته أن يباشر هذا الاستغلال . ذلك الغرض يتمثل كما قدمنا في تخصيص الثروات لاستهلاك ملحقات الدين وأصله بالطريقة التي بينها القانون (١) .

تحليل مركز الدائن المرتهن على النحو المتقدم ، يستجيب إلى أصياغة المشرع لالتزام الدائن المرتهن باستغلال المال المرهون . إذ تنص المادة ١٠٤١ على ما يأتي « ليس للدائن أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل ، وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً لم يتفق على غير ذلك ، وما يحصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشئ يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ،

= بمقابل هو استهلاك الدين ، ومن ثم يمتنع عليه الانفراد وحده بالامتناع عن استغلال المال المرهون أما القول المتقدم بعدم جواز تقريب مركز المرتهن من المنتفع على أساس أن المرتهن لا يستطيع أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل ، فأساسه أيضاً عدم مراعاة الطبيعة الخاصة لسلطة الاستغلال المكفولة للدائن . فالدائن المرتهن يستغل المال المرهون دائماً بعوض ، وهو الوفاء التدريجي عن طريق استهلاك الدين وملحقاته . ومن هنا يظهر أن سلطة الاستغلال التي يكتسبها الدائن المرتهن تنفر بطبيعتها من أن ينتفع بالمال المرهون بلا مقابل .

أخيراً يرفض الرأي المذكور اعتبار الاستغلال عنصراً في الرهن الحيازي مادام المشرع يميز الاتفاق على ترك الشئ المرهون بغير استثمار ولا نرى في ذلك ابداً سنداً لتبرير القول المتقدم . فالاستغلال سلطة تقرر لصالح المدين والدائن المرتهن معاً . وليس ثمة ما يمنع من أن تتلاقى إرادة الاثنين معاً على عدم ممارسة هذه السلطة وترك المال دور استثمار . وعندئذ يقتصر الرهن الحيازي على أداء الدور التقليدي في الضمانات الخاصة ، وهو تربص الدائن المرتهن بالمال المرهون حتى يحين أجل الوفاء بالدين . فإن لم يقم المدين بسداده يحق للدائن المرتهن استيفاء الدين من المقابل النقدي للمال المرهون .

(١) قارن شفيق شحاته فقرة ١٥٨ ، سليمان مرقس عقد الإيجار ، فقرة ١٠٥ .

ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات . ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين » .

يظهر من نص هذه المادة أن سلطة الاستغلال يعهد بها إلى الدائن . بل وقد احتاط المشرع لفرض الذي لا يكون فيه المال قابلاً للاستغلال ، أو الذي يؤثر فيه الدائن المرتهن استعمال هذا المال . ففرض أيضاً بتقويم سلطة الاستعمال بقيمة نقدية ، يقدرها القاضي إذا أثر حولها النزاع . هذه القيمة النقدية ، تأخذ حكم غلة الاستثمار ، فتخصم أيضاً من المبلغ المضمون بالرهن بالطريقة التي بينها القانون . وهذا هو ما تعنيه م ١١٠٤ / ٣ بقولها إن ما استفاده الدائن من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن . على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين .

نخلص إذن من كل ما تقدم أن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ينفرد بسلطات خاصة يكفلها له الحق العيني الذي يتقرر على المال المرهون . فهو يتمتع بالأفضلية والتابع والحق في حبس المال كما سنيين فيما بعد . ولكنه يباشر أيضاً سلطة الاستغلال أو الاستعمال التي يتلقاها من الراهن ، بعوض نقدي ، يتمثل في خصم غلة الاستثمار أو القيمة النقدية للاستفادة من الاستعمال ، من المبلغ المضمون بالرهن (١) .

(١) ولعل استهلاك الدين من ثمرات الاستغلال هو سر الرواج الذي أتيح للرهن الحيازي الوارد على العقار في الريف المصري . حيث كان الدائن يحوز الأرض الزراعية ، فيستثمرها بما توافر لديه من إمكانيات ، ويستقطع من غلتها الدين المستحق له حتى يستوفيه . وبذلك يتفادى الراهن بيع أرضه المرهونة بالمزاد . على أن هذا الرواج قد تضاعف ، بعد أن بدأ الزراع في الاعتماد على نظام الرهن الرسمي ، وهو بعد يكفل لهم الحصول على الائتمان الذي يحتاجون إليه ، مع بقاء الأرض في حيازتهم ، يقومون بأنفسهم على استغلالها ، والاستثمار بثمارها .

مسئولية الرائن في استثمار المال المرهون أو استعماله : يكتسب الدائن المرتهن صفة الحائز القانوني وهو بهذه المثابة يباشر سلطة الاستغلال أو الاستعمال . على أن مباشرة هذه السلطة ، كما سبق البيان ، إذ تعبر عن حق الدائن ، يتمثل فيها أيضاً معنى الواجب ، وذلك باعتبار أن غلة الاستثمار أو القيمة النقدية للإستفادة من الاستعمال تخصم من المبلغ المضمون بالرهن . وهنا تظهر مصلحة المدين في أن يفرض رقابته على الدائن المرتهن . ولذلك عني المشرع بتحديد مسؤولية الدائن ، وبيان مدى الرقابة القانونية التي يخضع لها . وقد تكفلت المادة ١١٠٦ بتفصيل الأحكام التي يجب مراعاتها في هذا الصدد .

فليس للدائن أن ينحرف عن مسلك الرجل المعتاد في إدارة المال واستغلاله . هذا هو المعيار المادي الذي ارتضاه المشرع لتحديد مسؤولية الدائن المرتهن ، مستجيباً في الأخذ به إلى القاعدة العامة التي وردت في المادة ٢١١ من التقنين .

على أن المادة ١١٠٦ قد وضعت بعض أحكام مفصلة يخضع لها الدائن في بذل العناية المطلوبة منه . فليس له أن يفرد بتوجيه استغلال المال المرهون وجهة جديدة ، دون أن يحصل على رضا الراهن . ويجب عليه ، إن جده من الأمور ما يستدعي تدخل الراهن ، أن يبادر باخطاره .

فإن انحرف الدائن عن نطاق الأداء المطلوب منه ، بأن أساء إدارة المال المرهون في بذل عناية الرجل المعتاد ، ومن باب أولى إذا ارتكب إهمالاً جسماً والأمر في تقديره متروك للقضاء ، أجزى للراهن أن يسعى إلى القاضى يسأله العون (١) .

(١) قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ بما يأتي « متى كانت المحكمة إذ طبقت المادة ٥٤٥ من القانون المدني القديم التي توجب على الدائن المرتهن أن يبذل في سبيل استغلال العقار المرهون حسب ما هو قابل له ما يستطيع من مجهود ممكن ، لم تبين الأسباب التي اعتمدت عليها في اعتبار الدائن مقصراً في استغلال العين المرهونة مكتفية في ذلك بإيراد عبارة غامضة لا تكشف »

والمدين في هذا السبيل يترك له الخيار . إما أن يطلب من القاضى وضع الشئ تحت يد حارس أمين يتولى إدارته (١) . أو يستند إلى القواعد العامة في حالة تقصير أحد طرفى العقد في تنفيذ التزامه . فيطالب بفسخ الرهن . فإن أجابه القاضى إلى طلبه . يدفع للدائن المبلغ المضمون بالرهن ولكن يخصم من هذا المبلغ . إن لم يكن سارياً عليه فوائد اتفاقية : قيمة الفائدة بسعرها القانونى عن المدة بين يوم هذا الوفاء السابق لأوانه : ويوم إستحقاق أجل الدين كما كان متفقاً عليه من قبل (م ١١٠٦ / ٢) .

فصل الدين من غلة الاستثمار أو القيمة التقديرية المرستعمل : تتحدد

مسئولية المرتهن كما تقدم على أساس بذل عناية الرجل المعتاد فى ادارة المال . وعلى ضوء هذا المعيار يسأل عن الثمرات التى يغلبها المال المرهون إذا استغل الاستغلال المألوف الذى يباشره الرجل العادى . فان قلت الغلة عن هذا القدر ، تنعقد مسئوليته ويحاسب عما أصاب الراهن من ضرر . وإن تجاوزته ، يمتنع عليه الاستئثار بالزيادة ، لأنه لا يجوز له الانتفاع بالشئ المرهون دون مقابل (م ١١٠٤ / ١) .

أما إذا كان الدائن يستعمل المال المرهون . كأن يكون منزلاً فاستخدمه للسكنى ، فهنا يتعين أيضاً سؤاله عن أجر مثل هذا العقار ، ويستعان بأهل الخبرة فى هذا التقويم إن اقتضى الحال .

وأياً ما كان الأمر ، فسواء كان المال المرهون مستغلاً ، أو مخصصاً

= عن أى معنى ، ثم ندرت خبيراً لاجراء عملية الاستهلاك ، لاعلى أساس ما استولى عليه الدائن المرتهن فعلاً ، بل على أساس أجر المثل فإن حكمها يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه « انظر مجموعة القواعد القانونية التى أصدرتها المحكمة ج ١ ص ٣٩٣ .

(١) هذه الصورة تتميز بأنها تؤدي إلى انتقال حيازة المال المرهون إلى شخص لم يتفق عليه المتعاقدان ، وإنما يعينه القاضى .

لاستعمال الدائن ، فان غلة الاستثمار ، أو القيمة النقدية للاستفادة من الاستعمال تخصم من المبالغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله . وفي هذا الشأن يخرج المشرع عن القواعد العامة في توافر شروط المقاضاة القانونية ، فهو يوقعها بين دينين لم يستحق أداء أحدهما (راجع نص م ٣٦٢ من التقنين المدني) .

ويراعى أن خصم المبلغ المضمون بالرهن من ثمرات الاستغلال يقتصر على ما حصل عليه الدائن المرتهن من صافي الربح . فلا يحتسب ما أنفقه الدائن من مصروفات في سبيل الحصول على الغلة ، بل تستنزل في بادئ الأمر ، قبل البدء في إجراء الخصم .

هذا الحكم المتقدم يقتضى إلزام الدائن المرتهن بتقديم حساب مفصل ، يكفل للراهن الطمأنينة في أن احتساب الخصم قائم على أساس سليم ، وأن المبلغ المذكور في خاتمة الحساب يعبر عن حقيقة صافي الربح .

وقد عنت المادة ١١٠٤/٢ بوضع ترتيب ينظم كيفية هذا الخصم . وهي تمنح الأسبقية في الخصم لقيمة ما أنفق في المحافظة على الشيء من الهلاك أو التلف وفي إصلاحه (١) . وتأتى بعد ذلك في مرتبة الخصم المصروفات التي أدخلها المشرع في نطاق الأفضلية بنص المادة ١١١١ . ويقصد بها نفقات عقد الرهن وقيده عند الاقتضاء (إذا كان المرهون عقاراً) ، وكذلك أيضاً مصروفات تنفيذ الرهن كتلك التي أنفقت في نقل حيازة الشيء . فإن تبقى من المستحق في

(١) ينبغى في هذا الشأن أن نراعى تعدد الضمانات الخاصة التي كفلها القانون لمن أنفق على الشيء مصروفات حفظ وصيانة فهو يتمتع بنص القانون بحق امتياز إذا كان الشيء منقولاً (م ١١٤٠) . ويحق له إذا كان الشيء في حوزته أو إحرازه أن يحبسه تحت يده حتى يستوفى دينه تطبيقاً للقواعد العامة في الحق في الحبس (م ٢٤٦) . وتظهر أهمية هذه الضمانات في حالة بطلان الرهن أو فسخه ، إذ يستطيع الدائن المرتهن أن يعتصم بهاء لاستيفاء مصروفات الحفظ والصيانة .

ذمة الدائن مبالغ أخرى ، تخصم من الفوائد الاتفاقية أو القانونية التي تسرى على أصل الدين .

أخيراً وبعد خصم المصروفات المتقدمة والفوائد ، يخصص الباقي لاستهلاك أصل الدين حتى ولو لم يكن قد أحل أجله .

حكم الاتفاق على تخصيص غلة المال المرهون مقابل الفوائد : عني التقنين المدني في المادة ١١٠٥ بوضع تنظيم قانوني يحكم بعض اتفاقات جرى العمل عليها في علاقة الراهن بالدائن المرتهن . وينبغي في هذا السبيل التمييز بين الفروض التالية :

١ - قد يتفق الطرفان على أن يخص الدائن المرتهن بغلة الاستثمار كمقابل لما يستحق عن الدين المضمون من فوائد . مثل هذا الاتفاق إن أطلق تطبيقه ، يفضى إلى إهدار قواعد احتساب الخصم التي تقدم بيانها . ويقصر الغلة على إعفاء المدين من أداء فوائد . بل وقد يتضمن التحايل على القانون في إخفاء فوائد ربوية تجاوز النطاق المشروع .

لهذه الاعتبارات المتعددة ، قدر المشرع احتساب الفوائد على أساس الحد الأقصى لما يسمح به القانون ، أى السعر الاتفاقي وهو ٧٪ .

فإذا تجاوزت قيمة الغلة ، مقدار الفوائد على أساس السعر المتقدم ، خضعت الزيادة للقواعد العامة في احتساب الخصم . إذ لا يجوز أن يتخذ هذا الاتفاق ذريعة لإهدار حكم متعلق بالنظام العام ، وهو تحديد الحد الأقصى للفوائد المشروعة بسعر ٧٪ .

وتطبيقاً لما تقدم إذا كان المدين المضمون مقداره ألف جنيه ، وغلة المال المرهون مائة ، فإن الفوائد الاتفاقية يجب ألا تتجاوز مبلغ سبعين جنيهاً تخصم من الغلة . أما ما يتبقى بعد ذلك فيخصص لخصم ملحقات الدين الأخرى ، بالتفصيل الذي تقدم بيانه ، أو من أصل الدين إن لم يكن له ملحقات .

٢ - عاجلت المادة ١١٠٥/٢ فرضاً ثانياً ، انتزع من التطبيقات العملية ،
يتحقق بنقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن ، دون أن يتفق على تحديد
سعر الفائدة ، أو تعيين ميعاد حلول الدين المضمون .

أما بالنسبة للفوائد فقد أتى المشرع بحل يكفل عدم تراكم الفوائد على
المدين فقضى باحتساب الفوائد على أساس سعرها القانوني (٤٪ في المسائل
المدنية ، ٥٪ في المسائل التجارية) ، وذلك بشرط ألا يتجاوز مقدارها قيمة
غلة المال المرهون . وبعبارة أخرى لا يسأل المدين عن الفوائد محددة بالسعر
القانوني ، إلا في حدود صافي الربح الذي ينتج عن استثمار المال .

فإذا تبقى من الربح فائض بعد احتساب الفائدة ، يختصم من أصل الدين
حتى يتم استهلاكه .

وقد خشي المشرع على مصلحة المدين ، من امتداد هذا الوضع إلى أجل غير
مسمى ، في حالة ما إذا كان استحقاق الدين غير محدد التاريخ . وهي صورة
من الاتفاقات التي ترمى إلى استيفاء الدائن دينه من الغلة فقط أي من قيمة الثمار
حتى ينقضي هذا الدين بالوفاء الكامل .

في مثل هذا الاتفاق ، يمتنع على الدائن المطالبة بالوفاء بغير الطريقة المتفق
عليها ، وهي استنزال الدين من صافي الربح بعد خصم الفوائد القانونية .

على أن القانون قد انتصر لمصلحة المدين ، فأجاز له أن يعجل بحسم الأمر ،
وتخليص المال المرهون من الضمان الخاص الذي يثقله . وله في هذا السبيل أن
يلجأ إلى القاضى يسأله تعيين أجل الوفاء . والقاضى إذ يجيبه إلى طلبه يستند
إلى نص المادة ٢٧٣ من التقنين المدني التي تقضى بأنه إذا تبين من الالتزام أن
المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضى ميعاداً مناسباً

لحلّول الأجل مراعيأ في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية (١) .

أثر انقضاء الرهن على مدة الإيجار ورد الثمار : قد منأ في دراستنا السابقة أن الرهن يكسب الدائن المرتهن صفة الحائر القانوني . وهو بهذه المثابة ينتزع من المالك بعض سلطاته خلال فترة معينة ، تظل ممتدة ما بقى الدين المضمون مستحقأ في ذمة المدين .

ويستطيع الدائن المرتهن ، بل يجب عليه وفقاً لما سبق بيانه ، أن يدير المال المرهون ويستغله ، ويستأثر بغلة الاستثمار في استيفاء ما هو مستحق له من ملحقات الدين وأصله .

فإذا انقضى الدين لأى سبب من أسباب الانقضاء ، يقتضى ذلك زوال الرهن أيضاً ، ويفقد بالتالى الدائن المرتهن الصفة القانونية في الحيابة ، فيجب عليه رد المال المرهون إلى الراهن . وكذلك يكون الحال بصفة عامة إذا زال الرهن لأى سبب آخر .

وقد أثير التساؤل عن حكم الإيجار الصادر من الدائن المرتهن ، والذى تمتد مدته إلى ما بعد انتهاء الرهن ، وحكم الثمار التى يحصل عليها بعد هذا التاريخ أيضاً . ولعل التكييف القانوني الذى قدمناه ، بالنظر إلى الدائن على أنه حائر قانوني لحق الرهن له أن يباشر سلطة الاستغلال والاستعمال شأنه شأن المستفع ، يعين على بيان الحلّول التى يمكن الأخذ بها ، وذلك على النحو الآتى :

(١) تأثر المشرع في إيراد هذا الحكم بفرض ينذر وقوعه في بيئتنا الحاضرة . فهو من مخلفات نظام عتيق يسمى برهن الغاروقة كان رد على نوع من الأراضى تسمى بالخراجية أصبحت في ذمة التاريخ ، ويتشابه الفرض الذى يعالجه المشرع مع رهن الغاروقة ، في أن الدائن يقتصر حقه على استيفاء الدين من الغلة ، دون أن يحق له بيع العقار لاستيفاء الدين بأكمله . أما فيما عدا ذلك فلا وجه للتقارب بينهما .

١ - الإيجار الممتد بعد انتهاء الرهن : مما لا شك فيه أن الإيجار الصادر من الدائن المرتهن للمال المرهون ، خلال قيام الرهن ، هو تصرف قانوني صادر عن ذى ولاية لإجرائه . بل هو تصرف يدخل فى صميم مضمون حق الدائن ، الذى يخول له بمقتضى عقد الرهن سلطة الاستغلال . وهى سلطة يباشرها كما فصلنا من قبل بصفته أصيلاً عن نفسه لا نائباً عن الراهن . ومادامت الحيازة القانونية للدائن ، فهو يستطيع تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . ولا يجوز للمالك استردادها من المستأجر ، وإلا كان ذلك تعريضاً للدائن المرتهن فى حيازته القانونية ، وهو ما تحرمه بنص صريح المادة ١١٠١ بقولها أنه « ليس للراهن أن يأتى عملاً يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن » .

فإذا انقضى الرهن ولم تكن مدة الإيجار قد انتهت بعد ، فهنا يظل الإيجار نافذاً فى مواجهة المالك (وهو الراهن) . ولكن يتقيد هذا النفاذ من حيث الزمان ، فيقتصر فقط على ما يكمل مدة ثلاث سنوات ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٥٥٩ التى تنص على ما يأتى « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة ، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك انقضت المدة إلى ثلاث سنوات ، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره » .

وفى تقديرنا أن هذا النص يصدق حكمه على الدائن المرتهن ، باعتبار أنه حائز قانوني يملك حق الإدارة ، وذلك بالتفصيل الذى قدمناه ، بصريح نص المادة ١١٠٦ التى تقضى بأنه يتولى إدارة الشئ المرهون (١) .

ولو كانت نية المشرع قد انصرفت بالنسبة للدائن المرتهن إلى الخروج عن الحكم العام الوارد فى المادة ٥٥٩ ، لأورد نصاً خاصاً يحكم الإيجار الذى يعقده

(١) راجع فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور « عقد البيع والإيجار الاسكندرية ١٩٥٧ » ص ٤٢٢ وما بعدها .

وذلك كما فعل في حالة المنتفع الذي قضى بشأن الايجار الصادر منه أنه ينقضى بانقضاء حق الانتفاع (المادة ٥٦٠ عن التقنين المدني) .

٢ - الثمار التالية لانقضاء الرهن : لا يثور الشك في أن الدائن المرتهن يستأثر بالثمار التي يغلها المال المرهون ، ما بقي الرهن قائماً . وتخصم هذه الغلة من ملحقات الدين وأصله كما سبق البيان .

فإذا انقضى الرهن ، فقد الدائن الصفة القانونية في الحيازة ، وبالتالي يصبح غير ذي صفة في قبض الثمار ، ويلتزم بردها إلى المالك ، سواء كانت مادية كالمزروعات أو مادية كالأجرة .

ويعتبر الدائن منذ انقضاء الرهن ، وزوال صفة القانونية في استغلال المال المرهون ، بمثابة حائز سييء النية . وعلى هذا النحو يعتبر مسئولاً عن جميع الثمار التي يقبضها ، أو يقصر في قبضها قبل رد المال المرهون ، ولكن له بمقتضى نص المادة ٩٧٩ أن يسترد من المالك ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار .

والثمار بطبيعتها دورية متجددة ، ولذا يعتبر الربيع من حيث التزام الغير به (كالمستأجر مثلاً) ديناً دورياً متجديداً يخضع في انقضائه لأحكام التقادم الخمسى .

ولكن التزام الحائز سييء النية برد الربيع ، لا يستجيب إلى هذه الطبيعة ، بل يلتزم برد متجمد ما قبضه أو ما قصر في قبضه على أساس أنه ارتكب عملاً غير مشروع وبذلك لا يسقط التزام الحائز إلا بالتقادم الطويل (م ٣٧٥ / ٢) .

تطبيقاً للحكم المتقدم لا يسقط التزام الدائن المرتهن برد الربيع المستحق في ذمته بعد زوال الرهن ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة (١) .

(١) قضت محكمة النقض في ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ بأن المطالبة باستهلاك الدين وملحقاته بسبب استغلال الدائن الأرض المرهونة له تتضمن في حقيقة الأمر المطالبة بربيع هذه الأرض عن مدة الرهن كلها واجراء المقاصة بين هذا الربيع وبين الدين المضمون وتوابعه . ويعتبر المرتهن الذي يظل حائزاً للشيء المرهون بعد استهلاك الدين بمثابة الغاصب . والتزام الغاصب برد ما يجنيه من

ولا تبدأ مدة سريان التقادم إلا من الوقت الذى يصبح فيه حق مالك الشئ المرهون مستحق الأداء ، ولا يتحقق ذلك إلا بتقديم حساب ، يبين فيه الدائن المرتهن ما أنفقته فى إنتاج الثمرات ، وما تبقى فى ذمته من صافى الربح .

١٩١ - التزام الدائن برد المال المرهون :

هذا هو الالتزام الأخير الذى يقع على عاتق الدائن المرتهن . وقد جاء حكمه فى المادة ١١٠٧ التى نصت على ما يأتى « يرد الدائن الشئ المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه ، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات » .

يتناول هذا النص تحديد الزمن المألوف لتنفيذ التزام الدائن المرتهن برد المال المرهون ، وذلك إذا ما استوفى المبالغ المضمونة بالرهن كلها . ولا يحق للمدين كقاعدة عامة أن يطالب بالرد قبل هذا التاريخ ، تطبيقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن . فكل جزء من المال المرهون ، يضمن الوفاء بكل الدين ، وكل جزء من الدين يضمنه المال المرهون كله . وعلى هذا النحو لا يكفى الوفاء الجزئى لتمكين المدين من استرداد جزء معادل لها من المال المرهون ، حتى ولو كان قابلاً للتجزئة .

والدائن لا يلتزم بالرد إلا إذا استوفى حقه كاملاً ، أى أصل الدين وما يتصل به من ملحقات نص القانون على أن الرهن يضمنها (م ١١١١) (١) .

على أن هذا التحديد الزمنى للالتزام بالرد لا يلقى تطبيقاً مطلقاً ، بل يرد عليه قيدهان . يتناول الأول صورة يلتزم فيها الدائن برد المال قبل الأوان ، ويعالج الثانى صورة أخرى يتراخى فيها تنفيذ هذا الالتزام ، فيحق للدائن الإبقاء على

= غلة العين المنتصبة لا يعتبر من قبيل الأجرة ، ولكنه فى حكم التعويض المستحق لمالك العين عن حرمانه منها ، ولذلك لا يسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة . راجع المحاماة السنة ١٨ ص ٨٤٩ ، مجموعة القواعد القانونية التى أصدرتها المحكمة ج ١ ص ٢٩٠ ، ٣٩٣ .

(١) راجع ما سبلى فى دراسة نطاق الأفضلية .

المال المرهون تطبيقاً للقواعد العامة في الحق في الحبس :

١ - تتحقق الصورة الأولى إذا أساء الدائن المرتهن إدارة المال المرهون .
فقد بينا بسبيل دراسة مسئوليته عن الإدارة أن المشرع أجاز لراهن (م ١١٠٦)
أن يستعين بالقاضي للمطالبة برد المال المرهون ، مع وفاء الدين وخصم الفوائد
بسعرها القانوني ، إن لم يكن له سعر اتفقي ، عن الفترة التي تقع بين هذا الوفاء
السابق لأوانه وبين الأجل المتفق عليه أصلاً لسداد الدين .

وقد سبق لنا البيان أن الدائن المرتهن يخضع في إدارة المال ، لمعيار الرجل
المعتاد في بذل العناية . ويمتنع عليه الانفراد بتغيير طريقة استغلال المال المرهون
دون رضا الراهن ، وإذا جدد من الأمور ما يستلعي تدخل الراهن ، وجب
عليه إخطاره .

وظاهر من الصورة المتقدمة أنها تطبيق للقواعد العامة في فسخ التعاقد ، إذا
قصر أحد طرفيه في تنفيذ أحد الالتزامات الملقاة على عاتقه .

٢ - تتوافر الصورة الثانية ، إذا كان الدائن المرتهن قد أنفق على المال
مصرفات نافعة . فهنا يحق له أن يمتنع عن رد هذا المال ، حتى بعد استيفاء
الدين وما يتصل به من ملحقات مضمونة بالرهن .

يستفاد صراحة من نص المادة ١١١١ ، كما سنبين في دراسة نطاق الأفضلية
أن المبالغ المضمونة بالرهن لا تدخل فيها المصروفات التي تنفق لتحقيق منفعة
للشيء . بل يقتصر نطاق الأفضلية على المصروفات التي أنفقت للمحافظة
على الشيء ، وتلك التي أنفقت في إبرام العقد ، وإجراء القيد إن كان المرهون
عقاراً . وكذلك تضاف إليها مصروفات تنفيذ الرهن . كل هذه المبالغ يستوفيها
الدائن مع أصل الدين حسب مرتبة الأفضلية التي يتمتع بها الدائن .

على أن المصروفات النافعة إن كان المشرع لم يدخلها في نطاق الأفضلية بصدد
الرهن الحيازي ، فالدائن المرتهن يستطيع بشأنها أن يستعين بنظام قانوني آخر ،

وضع المشرع أحكامه في القواعد العامة للالتزامات. ونعني به الحق في الحبس، الذي عالجته المادة ٢٤٦ بقولها « لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومترتب به، أو مادام الدائن لم يقوم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن فعل غير مشروع ».

غنى عن البيان أن هذا الحكم يصدق على الدائن المرتهن باعتبار أنه حائز للشيء المرهون، فإذا أنفق عليه مصروفات نافعة جاز له الامتناع عن رده حتى يستوفي المبالغ التي أنفقها.

على أنه يراعى بشأن هذا الضمان، أن الدائن المرتهن يقتصر حقه فقط على الامتناع عن رد الشيء، ولكن لا يثبت له حق امتياز في استيفاء ما أنفقه من مصروفات نافعة، إذا بيع هذا الشيء بيعاً جبرياً. وذلك أن الحبس المترتب على القواعد العامة لا يخول للدائن الحابس أن يتمتع بامتياز على المال المحبوس (م ٢/٢٤٧).

بل يتمثل حق الدائن في امتناع، يترتب عليه حرمان الراهن من الحصول على مال مملوك له، وهو بهذه المثابة يعتبر أداة قانونية فعالة تهدف إلى الضغط على إرادة الراهن لحماه على أداء ما هو مستحق عليه من مصروفات.

بل ويجوز للدائن المرتهن أن يتمسك في مواجهة الغير بهذا الحبس، فيكتسب على هذا النحو أفضلية واقعية تكفل له استيفاء حقه في المصروفات التي لا يضمنها الرهن (١).

(١) راجع اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٧٧ وما بعدها ج ٢ فقرة ١٤٦٩،
بودان وفواران ص ١٢ فقرة ٢١٥ ويتجه الفقه السائد إلى أن الحق في الحبس ضمان لاستيفاء

ومما تنبغى الإشارة إليه أن امتناع الدائن المرتهن عن الرد ، لا يستند فيه إلى حيازته القانونية التي كان يستمدّها من حق للرهن ، فهذه الصفة تزول عنه بانقضاء الرهن ، ولكنه يستعين إلى حكم القواعد العامة في تمكين من يوجد الشيء تحت يده بطريقة مشروعة ، أن يدفع أى مطالبة برده طالما أنه دائن بمصروفات نافعة أو ضرورية ، استحققت له بمناسبة وجود شيء لديه .

أما المصروفات الضرورية فلا يعرض تطبيقها في غالب الأمر ، باعتبار أن حق الرهن يكفل استيفاءها . وتبقى إذن المصروفات النافعة ، وهي التي تحول للدائن المرتهن أن يتراخى في تنفيذ التزامه بالرد حتى يستوفىها .

ولكن يراعى بشأن المصروفات الضرورية ، أن الرهن قد ينقضى دون أن يتمكن الدائن المرتهن من استيفائها . يعرض ذلك مثلاً إذا كان المرهون عقاراً وأجرى بيعه بالزاد ، واشترك عدة دائنين في توزيع الثمن ، فلم يدرك الدائن المرتهن شيئاً منه . في هذه الصورة يتطهر العقار من كافة الحقوق العينية التبعية التي تثقله تطبيقاً لنص المادة ٦٩٠ من تقنين المرافعات .

ومع ذلك يبقى حق الدائن المرتهن قائماً في الامتناع عن التسليم ، ضماناً لاستيفاء ما أنفق من مصروفات ضرورية ونافعة . وهو حبس يستفاد من القواعد العامة ، ويقتصر على سلطة سلبية في مظهر التعبير عنها ، ولكنها فعالة في آثارها ، ففي الغالب من الأمر تفضي إلى تمكين الحابس من الحصول على حقه . ويقوم بذلك عادة مالك الشيء أو من له مصلحة في عودة الشيء إلى حيازة المالك .

الوسيلة القانونية للمطالبة برد المال المرهون : اتضح لنا مما تقدم أن الدائن يلتزم برد المال المرهون ، مع مراعاة القيود التي بينها من حيث تحديد النطاق

== مصروفات أنفقت على الشيء يسرى في مواجهة الكافة ، فهو يحتاج به حق على كل من كسب حقاً عينياً على الشيء المحبوس أياً ما كان تاريخ اكتساب هذا الحق ، وذلك باعتبار أن انقاسق المصروفات قد أفاد الشيء أو أبقى عليه وبالتالي أفاد كل من يدعى عليه حقاً .

الزمنى لتنفيذ هذا الالتزام .

يستطيع الدائن فى سبيل المطالبة بالرد ، أن يستخدم أداة شخصية يستمدّها من عقد الرهن ، أو يستعين بأداة عينية يزود بها لحماية حقه كمالك .

ويلاحظ أن الوسيلة الأولى ، وهى الدعوى الشخصية ، قد يخفق الدائن فى تحقيق الغاية منها ، إذ أنها تخضع لأحكام التقادم المسقط . وعلى هذا النحو إذا مضت خمس عشرة سنة على انقضاء الرهن ، يسقط حق الراهن فى أن يطالب برد المال المرهون تأسيساً على الدعوى الشخصية المستمدة من العقد .

أما الوسيلة العينية ، فهى من مستلزمات حق المالك ، التى لا تزول عنه مهما طال الزمن . فحق الشخص فى استرداد ملكه لا يسقط بالتقادم .

بل ويراعى هنا أيضاً أن حيازة الدائن المرتهن بالنسبة لحق الملكية ، تعتبر حيازة عرضية . وهى بهذه المثابة غير مؤدية لاكتساب الملكية . بل ولا يكفى لواضع اليد أن ينفرد بتغيير سند حيازته ، بمجرد انصراف نيته إلى ذلك . وإنما يجب للاعتداد بهذا التغيير ، وبالتالى اعتباره سنداً صالحاً لاكتساب الملكية ، القيام بعمل إيجابى يتضمن معنى المنازعة فى حق المالك (م ٩٧٢) . من ذلك مثلاً أن يتخذ الدائن إجراءات قضائية ، أو يباشر أعمالاً ، بقصد الاستئثار بالملكية .

المبحث الثاني

السلطات التي يخولها الرهن في مواجهة الغير

١٩٢ - تعدد السلطات - أساسها الحق العيني التبعية ، وتوافر الحياة

للرئيس المرتهن :

إذا ما اكتسب الدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً على المال المرهون ، واستكمل شروط العلانية للاحتجاج بهذا الحق في مواجهة الغير ، تتوافر له سلطات متعددة تكفل له استيفاء دينه المضمون بالرهن .

على أن هذه السلطات تتفاوت في مدى قدرتها على تحقيق الهدف من هذا الضمان الخاص . وقد تصطدم في مباشرتها ، بأحكام أخرى تهدر من آثارها .

ويمكن القول إن الرهن الحيازي يجيز للدائن أن يستوفي دينه من المقابل النقدي للمال المرهون ، وأن يحبس تحت يده لحين استيفاء دينه ، وأن يتبعه تحت يد الغير .

وسنعي فيما يلي بدراسة سلطات الأفضلية ، والتتبع ، وهي المضمون التقليدي للحقوق العينية التبعية . وأخيراً نعالج حق الدائن في حبس المال المرهون ، وهي سلطة يتميز بها الرهن الحيازي ، بين النظم القانونية للتأمينات العينية .

المطلب الأول

الأفضلية

١٩٣ - الأفضلية سلطة أساسية في مضمون الحقوق العينية التبعية :

تقضى المادة ١٠٨٦ من التقنين المدني بأن للدائن المرتهن الرهن حيازة أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن المال المرهون .

تضع المادة حكما ؛ يتضمن سلطة أساسية تلازم الحقوق العينية التبعية ،
ومردها إلى أن الدائن المرتن يتعلق حقه بالكيان الاقتصادي للمال المرهون ،
فيستطيع على هذا النحو اقضاء مزاحمة أي دائن عادي ، أو أي دائن مزود
بتأمين خاص ولكنه يحتل مرتبة متأخرة .

وقد استخدم المشرع الصياغة التقليدية لسلطة الأفضلية ، فاكفى بأن الدائن
له استيفاء حقه من ثمن المال المرهون . وهو يستجيب في ذلك إلى الصورة المألوفة
لتحويل هذا المال إلى قيمة نقدية . ولكننا آثرنا من قبل أن نطلق هذه الصياغة
فلا نقصرها على الثمن ، بل نجعلها شاملة لكل مقابل نقدي يستحق عن المال
المرهون ، وهو ما سنعمى ببيانته في بحث وعاء الأفضلية

١٩٤ - الطريقة العادية لمباشرة الأفضلية والحصول على ثمن المال

المرهون :

الأصل أن الدائن المرتن يتعين عليه متى أراد التنفيذ على المال المرهون ، أن
يطلب بيعه وفقا للأجراءات المتبعة في قانون المرافعات .

ويراعى في ذلك حكم المادة ٨٩٤ الذي سبق الإشارة إليه ، وهو أنه لا يجوز للدائن
أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما
خصص للوفاء غير كاف . وحينئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على
عريضة من قاضي الأمور الوقتية (١)

وجدير بالذكر أيضا أن الكفيل العيني يخضع في التنفيذ على المال الذي قدمه
ضمانا للوفاء بدين الغير ، إلى حكم المادة ١٠٥٠ التي جاءت في باب الرهن الرسمي .
وقد أحال المشرع إليها بصدد الرهن الحيازي في المادة ١١١٨ .

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٣ ، فقرة ٨٤ وما بعدها .

ومفادى هذا الحكم أن الكفيل العينى تتركز مسئوليته فى حدود القيمة الاقتصادية للمال المرهون . فاذا شرع الدائن فى التنفيذ عليه . فلا يحق للكفيل العينى أن يرده عن ذلك بحجة وجوب التنفيذ على أموال المدين أولاً ، لأن الدفع بالتجريد محظور عليه (١) .

١٩٥ - بطوره شرط البيع بمراجعاته و تملك المال المرهونه

عند عدم الوفاء - أمطام خاصة بالمنقول :

نصت المادة ١١١٨ على أنه يسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء و شرط البيع بلا اجراءات (٢).

هذه الاحالة لاتصدق على اطلاقها ، وإنما تنقيد بأحكام خاصة وردت فى رهن المنقولات .

بيع المنقول تحت رقابة القضاء : قضت المادة ١١٢١ فى فقرتها الاولى أنه يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشئ المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .

راعى المشرع فى تقرير هذا الحكم ، أن تمت أحوال لا يلزم فيها إخضاع الدائن المرتهن لاجراءات البيع الجبرى للمنقولات ، بما قد تنطوى عليه من نفقة وما تفضى اليه من تأخير . بل ويلاحظ أيضاً أن لاجراءات بيع المنقول بالطريقة الجبرية تهدف بصفة خاصة إلى تمكين القاضى من فرض رقابته عليها بتعيين حارس يسأل عنها ، ويدفع خطر عبث المدين بها . ويبدو أن هذا الهدف يتخلف حيث تخضع المنقولات لسيطرة الدائن بحيازته لها .

(١) راجع ما تقدم من ٢٧٠ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٨٧ ، ٨٨ .

ولكن روعى من ناحية أخرى ألا تترك الحرية مطلقة للدائن فى تخير ما يروق له من إجراءات لبيع المنقول المرهون ، فألزمه المشرع باستئذان القضاء ، وأوجب عندئذ إيقاع البيع بطرق مأدونة ، تؤدى إلى الحصول على أنسب الأثمان . ومن هنا جاء حكم م ١/١١٢١ محققاً لمصلحة الراهن والدائن . فهو يؤمن الراهن بوجوب الحصول على إذن من القاضى ، وبيع المنقول بالمزاد العلنى ، أو بسعر التقويم الرسمى فى البورصة ، إن كان من المنقولات الخاضعة لهذا التنظيم ، أو بثمن المثل فى السوق . وهو يضمن أيضاً مصلحة الدائن حيث يعفيه من ترسم خطى قانون المرافعات فى إجراء البيع الجبرى للمنقول .

بل وقد استجاب التقنين المدنى الجديد إلى طبيعة الأموال المنقولة ، فقدر ما تتصف به من حساسية ، تجعلها خاضعة لتقلبات طارئة ومستمرة فى الأسعار ، وعرضة فى بعض الأحيان للهلاك أو التلف . ومن هنا أيضاً جاءت الأحكام الخاصة التى ألتى بها فى المادتين ١١١٩ و ١١٢٠ .

١ - استجاب المشرع لخضوع المنقولات إلى تغيير طارئ فى أسعارها ، يرتد إلى عوامل اقتصادية مختلفة كالعرض أو الطلب أو تدخل الدولة فى منع استيرادها أو تصديرها . وحرص على تمكين المدين من الحصول على أنسب الأثمان لاستهلاك دينه ، فأجاز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشئ المرهون وكان البيع صفقة رابحة ، أن يطلب من القاضى الترخيص فى بيع هذا الشئ ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين . ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر إيداع الثمن (م ١٢٠) .

يظهر من الحكم المتقدم أن بيع المنقول قد يتم بناء على إذن القاضى وتحت رقابته وهو الذى ينفرد ببيان الطريقة التى تتبع لإتمام البيع ، دون أن يتقيد بإجراءات قانون المرافعات . بل وله أن يجيب الراهن إلى طلبه حتى ولو تقدم به قبل استحقاق الدين ، وليس فى ذلك إهدار لمصلحة الدائن ما دام الثمن لا تصل إليه يد الراهن ، بل يودع فى خزانة المحكمة .

٢ - قدر المشرع أيضاً تعرض المنقولات لخطر الهلاك أو التلف ، أو نقص قيمتها على نحو يخل بالضمان المقرر للدائن . فأجاز له وللراهن ، السعى إلى القاضى لترخيص في بيع المنقول المرهون . والقاضى إذ يمنح الإذن ، يحيط البيع أيضاً بما يكفل الحصول على الثمن المناسب ، فيجريه بالزاد العلنى أو على أساس سعر التقويم بالبورصة أو ثمن المثل فى الأسواق (م ١١١٩) .

يودع الثمن فى خزانة المحكمة فى هذه الصورة أيضاً ، ويتعلق به حق الدائن المرتهن فيباشر عليه الأفضلية وفق المرتبة التى ينحوها حق الرهن .

على أن للراهن إذا رأى مصلحة فى عدم إيقاع البيع على النحو المتقدم ، أن يطالب باسترداد المنقول المرهون ، مع تقديم شيء آخر يقوم بدله فى ضمان حق الدائن .

يتضح مما تقدم أن الطبيعة الخاصة للمنقولات اقتضت الخروج عن القواعد العامة فى شرط البيع بلا إجراءات . فأجيز للقاضى إيقاع البيع بالطريقة التى بينها المشرع فى المواد ١١١٩ وما بعدها ، وبلى ويصبح ذلك حتى قبل استحقاق أجل الوفاء بالدين .

تملك المال المرهون عند عدم الوفاء : قدمنا أن هذا الشرط يقع باطلا سواء تعلق الأمر برهن رسمى أو حيازى . هذا الحكم يصدق على إطلاقه بالنسبة للعقارات فى الحدود التى سبق بيانها . وفى هذا الصدد أشرنا إلى أن حكمة التحريم تنتنى فى نظر القانون المصرى ، إذا تم الاتفاق على التملك بعد حلول أجل الوفاء بالدين .

وينفرد رهن المنقولات بحكم خاص ، فيجوز أن يملك الدائن المنقول المرهون حتى ولو لم يحصل على رضا الراهن . ويقع ذلك إذا لجأ إلى القاضى يستأذنه فى تملك الشيء الذى يضمن الوفاء بدينه . ويصدر الإذن بأمر من القاضى ، يصحبه تقويم نقدى للمنقول يقدر بالاستعانة بأهل الخبرة .

فإذا كان ثمن التقويم يجاوز قدر الدين المضمون عادة الزيادة إلى الراهن ،

وإن كان يقل عن الدين ، ظل المدين ملزماً بأداء ما تبقى من الدين .

أخيراً يراعى أن كل هذه الأحكام المتقدمة تسرى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية ، والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن ، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول - م ١١٢٢ مدنى - (١) .

١٩٦ - التحايل على أحكام القانون بإفشاء الرهن الجبازى فى صورة

بيع وفائى - بطوره هذا البيع فى التقنين الجديد :

نصت المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى على أنه اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة وقع البيع باطلا .

تشير هذه المادة إلى أداة قانونية شاع استعمالها فى مصر فى ظل القانون القديم وكان يقصد بها بصفة خاصة التحايل على كثير من الأحكام القانونية الآمرة .

(١) قد توجد فى قوانين خاصة أحكام أخرى تبين كيفية بيع المنقولات المرهونة . وهى ، اجبة الاتباع فى خصوص ماوردت بشأنه . على هذا النحو تسمى أحكام القانون التجارى (المواد ٧٦ إلى ٨٠) على الرهن التجارى . كما خضع الرهن الذى تعقده بيوت التسليف على رهونات لأحكام الأمر العالى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بشأن البيسوت المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات . وخضع رهن المحصولات لبنك التسليف الزراعى للقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٣٢ الخاص ببيع المحصولات المرتهنة للقروض التى يسلفها بنك التسليف ، وقد أجازت نصوصه بيع المحصولات المرهونة بالمزاد العلنى أو بأى طريقة أخرى يراها البنك ، وذلك بمسء اعلان المدين بخطاب موصى عليه . وخضع رهن المحل التجارى لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهونها . وبصفة عامة يفلت من أحكام القانون المدنى رهن المنقولات الذى تنظمه قوانين خاصة فى خصوص ماوردت بشأنه .

قوام هذه الاداة أن ينتحل الراهن صفة البائع للمال المرهون ، وأن يظهر الدائن المرتهن بمظهر المشتري ؛ وينفى الدين المضمون في صورة الثمن . ويفضى تطبيقها إلى تمكين البائع المزعوم خلال فترة معينة من استرداد المبيع . وتتحدد هذه الفترة على نحو يطابق أجل استحقاق الوفاء بالدين . فإن قام المدين بسدادده ، جاز له استرداد المال المبيع ، وهو في الواقع المال المرهون .

أما إذا لم يقوم المدين بسداد الدين ، فهنا تستقر الملكية للمشتري . وكأننا في الواقع بصدد رهن حيازي اقترن بشرط تملك الدائن للمال المرهون عند عدم الوفاء .

بل ظهر خطر هذه الأداة أيضاً في استخدامها للتستر على فوائد ربوية تجاوز القدر المشروع . وقد تنبه المشرع منذ زمن بعيد للمخاطر التي يتعرض لها المدين إذا ما تركت له الحرية في الحصول على ائتمان من دائن مستغل ، يتستر بالبيع الوفاي لتملك المال المرهون والحصول على فوائد غير مشروعة .

وقد صدر تعديل للقانون القديم سنة ١٩٢٣ ، يقرر صحة البيع الوفاي إذا قصد لذاته ، وبطلانه إذا كان يخفي رهناً حيازياً على عقار . واستقر القضاء على أن بقاء العين في حيازة البائع وفاء يصلح لأن يكون دليلاً على أن نية العاقدین لم تنصرف إلى معنى البيع ، بل انصرفت إلى معنى الرهن وإخفائه في صورة البيع . وتقدير هذه القرينة مسألة تقديرية لا معقب فيها على محكمة الموضوع إذا ما اطمأنت إليها (١) .

استجاب مشروع القانون المدني الجديد للحكم المتقدم . فلما أدرك مرحلة الاعداد النهائية ، تصدت لجنة مجلس الشيوخ لوجوب إلغاء بيع الوفاء بصفة

(١) نقض مدني ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض سنة ٢ عدد ١ رقم ١٨ ص ٩٣ .

عامة ، وانتهى الأمر بصدور التقنين متضمنا المادة ٤٦٥ التي تقضى ببطلانه سواء قصده لذاته أو كان يخفى رهنا خيازيًا .

وعلى هذا النحو قطع التقنين المدني السبيل على كل دائن في استغلال حاجة المدين بالتستر وراء بيع مزعوم ، وإقراضه بفوائد ربوية ، أو تمكينه من تملك المال المبيع مقابل دين زهيد لا يتناسب مع الثمن الحقيقي لهذا المال . ويصدق هذا الحكم أيًا ما كانت طبيعة المال ، فهو ينطبق على المنقول والعقار .

١٩٧ - وعاء الأفضلية :

يتحدد وعاء الأفضلية كما سبق البيان في دراسة الرهن الرسمي (١) ، بأن حق الدائن المرتب يتعلق بالمقابل النقدي لأعمال المرهون ، وما يتصل به من ملحقات .

ونشير في هذا الصدد إلى حكم سبق تفصيله ، وهو أنه إذا هلك المال المرهون أو تلف لأى سبب ينتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . وقد حرص المشرع فى تنظيم الرهن الحيازى على أن يخضعه للحكم المتقدم ، بطريق الاحالة إلى ما قرره بشأن الرهن الرسمي (أنظر المواد ١١٠٨ ، ١٠٤٩) .

هكذا حسم التقنين المدني الجديد خلافا طويلا فى الفقه والقضاء ، حول تحديد وعاء الأفضلية . وقد أشرنا من قبل أن الصياغة الضيقة لحق الأفضلية هى التى أفضت إلى هذا الخلاف . فالواقع أن حق الدائن لا يتعلق بثمن المال المرهون فقط ، بل يمتد إلى كبل ترجمة نقدية له . ومرد ذلك أن الحق العيني التبعية يصيب المال فى كيانه الاقتصادى ، فيخول للدائن استيفاء دينه من كل مقابل

(١) راجع فقرة ٨٧ وما بعدها .

نقدي (١) .

تطبيقاً لما تقدم إذا كان المال المرهون من المنقولات مثلاً ، واحتوت هذه المنقولات فاستحق للراهن عوض تأمين أو مبلغ تعويض ، جاز للدائن المرتهن أن يباشر الأفضلية على هذا المقابل النقدي ، ويستعين في الاستفادة منه بالأحكام التي قدمناها أيضاً في دراسة الرهن الرسمي (٢) .

١٩٨ - نطاق الأفضلية :

يتحدد نطاق الأفضلية على ضوء ما جاء في نص المادة ١١١١ ، ويستفاد منها أن الرهن لا يضمن فقط الوفاء بأصل الدين ، بل يتناول أيضاً المبالغ الآتية :

١ - المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء : وقد سبق لنا الإشارة إلى أن هذه المصروفات قد أوجها المشرع عناية خاصة ، فأحاط بحق الدائن بضمانات متعددة لاستيفائها . فهي من الديون الممتازة إذا كان المال منقولاً . وفي هذا الشأن تقرر مادة ١١٤٠ حق امتياز لمن أنفق على المنقول مصروفات حفظ وصيانة . وهي أيضاً خاضعة للقواعد العامة في الحق في الحبس (م ٢٤٦) الذي يجيز لحائز الشيء أو محزره أن يمتنع عن زده حتى يستوفي ما أنفق عليه من مصروفات . هذا الضمان تستوي فيه المصروفات الضرورية والنافعة .

ولكن يلاحظ أن المصروفات النافعة لم يؤثرها المشرع بضمان خاص يكفل الأفضلية في استيفائها من المقابل النقدي للمال المرهون ، بل يقتنع الدائن بشأنها ، إذا لم يستوفئها ، أن يحبس الشيء تحت يده حتى يحصل على دينه (٣) .

٢ - التعويضات الناشئة عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء . كأن

(١) راجع في تأصيل هذا الحكم فقرة ٩٣ وما بعدها .

(٢) أنظر في طريقة الاستفادة من المقابل النقدي فقرة ٩٥ .

(٣) راجع ما تقدم في دراسة التزام الدائن المرتهن برد المال المرهون فقرة ١٩١ .

تكون الأموال المرهونة ، بعض دواب مريضة تسربت منها العدوى إلى ما يملكه الدائن فأصيب بأضرار ، أو أن يكون المرهون عقاراً قام فيه عيب خفي ، فألحق بالدائن الضرر وهو بسبيل استغلاله ، أو أفضى إلى إلزامه بدفع التعويض للغير .

٣ - المصروفات التي أنفقت في إبرام التصرف القانوني الذي كان مصدراً للدين ، وكذلك التي صرفت في عقس الرهن نفسه ، بل وكافة ما ينفق في إجراء القيد وتجديده إن كان المرهون عقاراً .

٤ - المصروفات التي يقضيها تنفيذ الرهن ، ومثالها ما ينفق في تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون .

٥ - أخيراً أطلق المشرع نطاق الأفضلية بالنسبة للفوائد ، فجعله شاملاً لكل ما يستحق منها حتى يوم رسو مزاد بيع المال المرهون . وفي هذا الصدد يلاحظ أن نطاق الأفضلية من حيث الفوائد لا يخضع للقيود التي سبق تفصيلها في دراسة الرهن الرسمي (١) .

ولكن يراعى أن المشرع من ناحية أخرى قد جعل رسو المزاد تاريخاً مانعاً لاستحقاق فوائد في ذمة المدين . وقد عني ببيان هذا الحكم في المادة ٢٣٠ التي سبق دراستها (٢) .

١٩٩ - التزام على الأفضلية :

يقترن التزام على الأفضلية في الرهن الحيازي ، بوجوب مراعاة أحكام سريان هذا الضمان الاتفاقى على الغير . وقد بينا من قبل أن المشرع استلزم حكماً عاماً ، هو انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن أو العدل المختار . واشترط

(١) راجع ما تقدم فقرة ٩٩ .

(٢) راجع ما سبق ص ٣٠٠ .

إلى جانب ذلك أحكام خاصة تتفاوت حسب طبيعة المال المرهون (١) ولا تحتسب للدائن المرتهن مرتبته ، إلا إذا توافر في حقه الحكمان معا . وعلى ضوء هذا التحديد حسم النزاع على الأفضلية ، ونفرد بشأنها بين العقار والمنقول

١ - إذا كان المرهون عقارا ، فالأصل أن حسم النزاع بين الحقوق العينية التبعية يكون بالأسبقية في القيد . ولكن يراعى أن هذا المبدأ يخل تطبيقه إذا تعلق الأمر بدائن مرتهن رهن حيازة .

فإذا تراحم عدة دائنين ، اكتسب كل منهم رهنا حيازيا على عقار ، كانت الأسبقية لمن سبق الآخرين في قيد حقه وحيازة العقار . وهو بهذه المثابة يفضل الدائن الذي كان سابقا عليه في القيد ، ولكن لم تنتقل إليه الحيازة .

أما إذا كان النزاع بين دائن مرتهن رهن حيازة ، وآخر تقرر له حق عيني تبعي على العقار (كدائن مرتهن رهنا رسميا ، أو صاحب حق اختصاص ، أو امتياز عقارى خاص) ، فالغلبة بالأسبقية في القيد أيضا . ولكن يلاحظ أن حق الرهن الحيازى لا يسرى في مواجهة الدائنين الآخرين إذا لم تكن حيازة العقار قد انتقلت إلى الدائن .

بل ويراعى أيضا أن تخلى الدائن عن حيازة العقار ، يعتبر قرينة على انقضاء الرهن . وإنما يجوز لهدم هذه القرينة باثبات أن ترك الحيازة للراهن كان لأسباب مؤقتة وجدية . ولكن لا يترتب على هدم هذه القرينة الإضرار بحقوق الغير المكتسبة خلال فترة انقطاع الحيازة . فإذا اكتسب دائن آخر حقا عينيا تبعا ، وبأدر بقيده ، كان حقه مفضلا ، على الدائن المرتهن رهن حيازة . أخيرا نكتفى بالإشارة إلى حكم سبق تفصيله ، وهو أن ترك حيازة العقار للراهن على سبيل الإيجار يسرى على الغير إذا ذكر الإيجار في قائمة القيد ، أو

(١) راجع ما تقدم في دراسة مريان الرهن الحيازى على الغير فقرة ١٧٥ وما بعدها .

كان مؤشراً به اذا تم بعد الرهن .

٢ - واذا كان المرهون منقولاً ، فالعبرة أيضاً بانتقال الحيازة ، وتدوين الرهن في ورقة ثابتة التاريخ . فاذا تعددت الرهون الحيازية على منقول واحد ، تكون الأسبقية لمن يتوافر فيه الشرطان معا ، أى يتقدم الدائن الحائز للمنقول متى كان رهنه ثابت التاريخ في ورقة مكتوبة .

ويلاحظ ايضاً ان انقطاع الحيازة يحمل معناه على انقضاء الرهن (م ١١٠٠) مالم يثبت الدائن عكس ذلك . وحينئذ لا يضر هذا الاثبات بمن اكتسب حقاً على المنقول ، بحسن نية وسبب صحيح ، خلال فترة الانقطاع . ويراعى أخيراً انه في حالة توافر الحيازة لشخص أجنبي ، وهو العدل ، الذي يحوز المنقول لصالح عدة دائنين ، تثبت الأسبقية لأول دائن كانت الحيازة لصالحه ، وبشرط أن يكون حقه مدوناً في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ .

نخلص من كل ما تقدم في تحديد التزامهم على الأفضلية في الرهن الحيازي أن العبرة في العقار بالأسبقية في القيد ، وفي رهن المنقول بالأسبقية في تدوين الرهن في ورقة ثابتة التاريخ . على أن تحديد الأفضلية على النحو المتقدم يتقيد بوجوب توافر الحيازة أيضاً وهو الحكم العام لسريان الرهن الحيازي على الغير .

نقنع بهذه الصور في التزامهم على الأفضلية ، ونرجى ما يتعلق منها بحقوق الامتياز للباب المخصص لدراستها ، حيث تخضع لأحكام متعددة لا يتيسر تجميعها ، قبل التفصيل في بحثها .

المطلب الثاني

التتبع

٢٠٠ - التتبع - ثبوت هو الدائن في مباشرة هذه السلطة -

تغييرها في رهون المنقول :

تنص المادة ١٠٩٦ على أن للدائن المرتهن رهن حيازة أن يتتبع المال المرهون في أي يد يكون . ومفاد هذا الحكم أنه إذا اكتسب الغير ملكية المال المرهون ، أو أي حق عيني يقبل البيع استقلالا ، فإن ذلك لا يمنع الدائن المرتهن من التنفيذ عليه إذا حل أجل الوفاء بالدين ، ولم يكن قد استوفاه .

والمقصود هنا هو التتبع القانوني ، أي سلطة الدائن في تعقب المال المرهون أينما استقرت ملكيته ، للتنفيذ عليه واستيفاء الدين من ثمنه . وعلى هذا النحو لا تتعارض مباشرة هذه السلطة مع بقاء الحيازة للدائن المرتهن . وهو إذا فقدتها جاز له أن يستردها ، ونكون حينئذ بصدد تتبع مادي للحيازة يتميز عن التتبع القانوني متقدم الذكر (١) .

فإذا كان المرهون عقاراً ، وانتقلت ملكيته لشخص آخر ، فهنا تنبغى الإشارة إلى أن هذا المالك الجديد لا يتمتع بكافة الوسائل القانونية التي كفلهها المشرع لحائز العقار في الرهن الرسمي .

ويقتصر حق المالك في هذا الصدد على سداد الدين ، والحاول محل الدائن المرتهن في رهن الحيازة ، طبقاً للقواعد العامة التي جاءت في الوفاء مع الحلول .

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٣٦ .

ولكن ليس له أن يلجأ إلى التطهير الاختياري للعقار ، الذي وضع المشرع أحكامه ونظمها بالنسبة لحائز العقار المرهون في الرهن الرسمي ، وأحال إليها أيضا في حق الاختصاص وحقوق الامتياز العقارية الخاصة .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن العقار قد يتطهر من الرهن الحيازي المقرر عليه ، إذا كان مثقلا أيضا برهن رسمي ، وانتقلت ملكيته إلى شخص يصدق عليه وصف الحائز بالمعنى الذي قدمناه في دراسة التتبع في الرهن الرسمي . حيث يلتزم الحائز كما بينا من قبل أن يوجه العرض إلى أصحاب الحقوق المقيدة على العقار . وإذا لاقى العرض قبولا ، وقام الحائز بدفع المبلغ التقديرى للدائنين ، أو ايداعه بخزانة المحكمة ، يتطهر العقار من كل الحقوق المقيدة ، بما فيها حق الدائن المرتهن رهن حيازة (١) .

أما إذا ورد الرهن على منقول ، فالأصل أيضا تمكين الدائن المرتهن من مباشرة التتبع القانوني ، بمعنى أن انتقال ملكية المنقول إلى الغير لا يؤثر على بقاء الرهن . هذا الحكم المتقدم يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز . وهي لا يتوافر تطبيقها إلا حيث تنقطع حيازة الدائن المرتهن لسبب أو آخر ، ويكون المتصرف إليه حسن النية ، ومزودا بسبب صحيح . هنا يفقد الدائن حقه في التتبع ، إلا إذا استطاع أن يهدم قرينة حسن النية ، أو ينكر على الحائز توافر السبب الصحيح .

نخلص من كل ما تقدم أن سلطة التتبع القانوني تثبت للدائن المرتهن ، فيسرى حقه في مواجهة من يكتسب ملكية العقار أو المنقول ، ويستطيع أن ينفذ عاياه لاستيفاء الدين من ثمنه . وهو بهذه المثابة ، يتمتع بسلطة اضافية تدعم مركزه ، وهي حبس المال المرهون تحت يده حتى يستنفذ غرضه من

(١) راجع ما تقدم فقرة ١١٥ وبصفة خاصة ص ٢٤٨ وما بعدها .

الرهن . أما التتبع الفعلى ، وهو الذى يتصل بسلب الحيازة خلسة أو اغتصابا ، فهو حق ثابت للدائن المرتهن أيضا ، طبقا للقواعد العامة فى استرداد الحيازة (١) على أن التتبع الفعلى قد يصطدم كما قدمنا فى المنقول بحيازة شخص توافر لديه حسن النية والسبب الصحيح .

(١) راجع ما سبق بشأن سلب الحيازة فقرة ١٧٨ وما جاء فيها .

المطلب الثالث

(الحبس)

٢٠١ - الحبس المترتب على الرهن الحيازي :

تنص المادة ١١١٠ على ما يأتي « يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون. وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لاحكام الحيازة » .

ويعتبر هذا النص تطبيقاً للنص العام ، الذي حدد مضمون الحق العيني المقرر للدائن المرتهن في المادة ١٠٩٦ ، وقد جاء فيه أن الرهن الحيازي يرتب حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ،

يتضح من النصوص المتقدمة أن المشرع قد زود الدائن المرتهن رهن حيازة ، بسلطة تدعيم حقه ، وهي حبس الشيء المرهون حتى يستوفي الدين المضمون . وهي سلطة طبيعية تستجيب إلى طبيعة الرهن الحيازي ، باعتبار أنه تأمين عيني لا ينفذ في مواجهة الغير إلا إذا كان المال المرهون انتقلت حيازته للدائن المرتهن أو إلى شخص أجنبي تخيره المتعاقدان .

هذا الحبس إذا باشره الدائن في مواجهة المدين ، فهو استجابة طبيعية لآثار التعاقد . إذ أن المدين قد سلمه المال المرهون ضماناً للوفاء بمدين من الديون ، وما دام الدائن لم يستوف حقه ، فإن بقاء الشيء المرهون تحت يده له ما يبرره ، ومن ثم يمتنع على المدين المطالبة بالاسترداد .

بل وإن سلطة الدائن في الإبقاء على الشيء تحت سيطرته ، والامتناع عن ردها قبل استيفاء حقه ، تستجيب أيضاً إلى مضمون الحق العيني المقرر له .

فهو كما قدمنا يستغل المال المرهون أو يستعمله ، ويخصم قيمة الغلة أو المقابل النقدي للاستفادة منه ، من أصل الدين وملحقاته .

ولكن المشرع لم يقتصر على تمكين الدائن من مباشرة سلطة الحبس في مواجهة المدين فقط ، بل أجاز له الاحتجاج بها في مواجهة الغير أيضاً .

ويمكن القول إن الحبس المترتب على الرهن الحيازي ؛ سلطة إضافية يتميز بها مضمون الحق العيني التبعي المقرر للدائن المرتهن . وهي سلطة قررها المشرع ، مستجيباً إلى صفة الدائن كحائز قانوني للمال المرهون . ومراعياً أن حقه لا يسرى على الغير إلا ببقاء الحيازة له (١) .

وكان الدائن المرتهن إذ يسيطر على الشيء المرهون . فيرد مطالبة من يريد تجريده من الحيازة ، لا يستند إلى حق قائم بذاته . وإنما يباشر سلطة فرضها الطابع الخاص للرهن الحيازي . على نحو ألبأ المشرع إلى إضافتها . حتى يكفل للدائن ضماناً فعالاً . وتبدو أهمية هذا التصوير في تحديد نطاق هذه السلطة . والتمييز بينها وبين الحبس المترتب على القواعد العامة .

ولما كان الحبس المتقدم هو سلطة يتضمنها حق الدائن المرتهن . فهو بهذه المثابة شأنه شأن الأفضلية أو التبع . لا يحتاج به إلا في مواجهة من يسرى حق الدائن المرتهن عليه . وهذا هو ما تعنيه المادة ١١١٠ بقولها إن الرهن ينحول للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون (٢)

تطبيقاً لهذا الحكم يجوز للدائن المرتهن أن يحبس العقار عن اشتراؤه ، إذا كان البيع مسجلاً بعد قيد الرهن ، أو المنقول إذا كان تاريخ الرهن الثابت يسبق

(١) أنظر كانكارليه المرجع السابق ص ٣٤٧ - وراجع أيضاً جابولد انسكلوبيدي دالوز

ج ٢ ص ٨٥٦ بند ١٠٦ .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٧ ص ٢٣٥ .

تاريخ البيع . وله أن يحبس الشيء كذلك في مواجهة كل دائر متأخر عنه في المرتبة .

فاذا قرر مالك الشيء رهناً ثانياً ، سواء كان رسمياً او حيازياً ، فان المرتهن الأول يحق له حبس العين عن المرتهن اللاحق عليه .

وعلى النقيض من ذلك يمتنع عليه هذا الحبس ، في مواجهة من اكتسب حقاً تم حفظه وفقاً للقانون . فاذا تعلق الأمر بعقار مثلاً تم بيعه وتسجيله ، قبل قيد الرهن ، فان الدائن المرتهن رهن حيازة ، لا يحق له الاحتجاج بالحبس . ويلاحظ بالنسبة للمنقول أن الدائن يجوز له الاعتصام بحسن النية والسبب الصحيح ليحتج بالرهن في مواجهة من اكتسب ملكية المنقول في تاريخ سابق .

وقد أثير التساؤل بشأن بيع العقار بيعاً جبرياً ، وهل يترتب عليه تطهير العقار من الرهن الحيازي المقرر عليه ، وبالتالي يتجرد الدائن المرتهن من سلطة الحبس التي زوده بها القانون .

أثارت هذه المسألة خلافاً في الفقه والقضاء . وقد أصبح الآن عديم الجدوى بعد أن تضمن تقنين المرافعات نصاً صريحاً (م ٦٩٠) يقرر أن تسجيل حكم مرسى المزااد أو التأشير به (اذا رسا المزااد على الحائز) يطهر العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التي أعلن أصحابها بايداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته ، ولا يبقى الا حقهم على الثمن .

مفاد هذا الحكم هو انقضاء الرهن الحيازي بتسجيل حكم مرسى المزااد ، وايداع الثمن أو دفعه للدائنين (١) . ويشترط أن يكون الدائن قد أعلن بايداع

(١) راجع ما تفاد في انقضاء الرهن الرسمي والقش الذي دار حول تحديد الوقت يتم فيه التطهير فقره ١٣٠ .

قائمة شروط البيع وبتاريخ جلسته . وقد حرصت لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ على بيان أن هذا الحكم قصد اطلاقه على كافة التأمينات العقارية دون تمييز بينها .

ويترتب بطبيعة الحال على انقضاء الرهن الحيازي ، زوال كافة السلطات التي يخولها ، ومن بينها حق الحبس ، ومن ثم يمتنع على الدائن المرتهن مباشرة في مواجهة الراسى عليه المزداد ، حتى ولو لم يترتب على توزيع الثمن تمكنه من استيفاء الدين .

٢٠٢ - الحبس المترتب على الرهن الحيازي ومدى اتصاله بالحبس

المقرر طبقاً للقواعد العامة :

الحق في الحبس طبقاً للقواعد العامة التي وردت في المادة ٢٤٦ وما بعدها ، نظام قانوني يهدف إلى الضغط على إرادة المدين وحمله على تنفيذ التزام ترتب على عاتقه . وأداة تحقيق هذا الهدف ، هي تمكن الدائن من حبس شيء يخضع لسيطرته القانونية ، حتى يفى المدين بالتزام ارتبط بهذا الشيء أو تقرر بمناسبته . والحبس هنا سلطة أصيلة لا يتمتع الدائن بغيرها . أما الحبس المترتب على الرهن الحيازي فهو إحدى سلطات متعددة يتضمنها الحق العيني التبعية الذي يكتسبه الدائن المرتهن . إذ له كما قدمنا أن يستوفي دينه بالأفضلية التي يخولها الرهن ، وأن يتتبع المال المرهون في أي يد يكون .

على أن الحق في الحبس وإن كان لا يكسب الدائن امتيازاً على ثمن المال المحبوس ، فهو يضعه في مركز مفضل ، يخول له أفضلية واقعية . وبيان ذلك أن الدائن يحق له الامتناع عن تسليم الشيء في مواجهة المدين . ومواجهة الغير حتى يستوفي دينه .

(١) انظر في مدى سريان الحبس المترتب على القواعد العامة في مواجهة الغير اسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٧٧ . وخلاصة الرأي الراجح أن الحبس للمصروفات يحتاج به على الكافة ،

وبعبارة أخرى فالحق في الحبس المقرر وفقا للقواعد العامة التي جاءت في المادة ٢٤٦ وما بعدها، يتجرد من حق التقدم في استيفاء الدين من المقابل النقدي للمال. أما الحبس المترتب على الرهن الحيازي ، فهو سلطة إضافية في مضمون الحق العيني التبعية ، الذي يستطيع الدائن بمقتضاه أن يدعى الأفضلية على المقابل النقدي للمال المرهون .

على أن الحبس القائم على القواعد العامة ، وذلك المترتب على الرهن الحيازي ، يتفق كل منهما في أن الدائن إذا استوفى دينه ، يصبح الحبس غير ذي موضوع .

وقد عني المشرع تأميناً لحق الدائن الحبس ، وحق الدائن المرتهن ، بتقرير بعض أحكام متشابهة في حالة سلب الحيازة خلسة أو اغتصاباً . فأجاز لكل منهما إذا خرج الشيء من يده خفية أو رغم معارضته ، أن يطلب استرداده. على أن هذا الحكم لا ينطلق تطبيقه بالنسبة للدائن الحبس ، بل يتقيد بمدة معينة حددها المشرع بثلاثين يوماً من الوقت الذي يعلم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه . فالحق في الاسترداد مقرر لكلا الدائنين ، ولكنه يتحدد في نطاق زمني معين بالنسبة للدائن الحبس طبقاً للقواعد العامة (م ٢٤٨) .

أخيراً قد يتراهل الحقاؤه : فنجد الدائن المرتهن رهن حيازة قد اقتصر حقه على حبس مجرد من أى امتياز أو تقدم ، لأنه لا يباشره بوصفه سلطة

=سواء كان الدائن الحبس وضع يده على الشيء قبل ثبوت حق الغير أو بعد ثبوته . أما في الحالات الأخرى فلا يحتاج بالحبس على من تقرر له حق عيني على الشيء في تاريخ سابق على وجود الشيء تحت يد الدائن . راجع في إطلاق سريان الحبس في الصورة الأخيرة بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٨٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٦ :

للحق العيني التبعي ، وإنما باعتباره قائما بذاته استنادا إلى القواعد العامة .

١ - يعرض ذلك أولا بالنسبة لاستيفاء المصروفات النافعة ، أو المصروفات الضرورية التي لم يتيسر الحصول عليها من ثمن بيع المال المرهون (١) . وقد بينا من قبل أن المصروفات النافعة لا يتضمنها نطاق الأفضلية ، ولكن ذلك لا يمنع الدائن من أن يباشر عليها حقا في الحبس استنادا إلى القواعد المقررة في المادة ٢٤٦ .

وكذلك يكون الحكم أيضا بالنسبة للمصروفات الضرورية التي تدخل أصلا في نطاق الأفضلية ، ولكن يجوز في بعض الأحوال أن ينقضي الرهن دون أن يتمكن الدائن من استيفائها ، حينئذ يقتصر حقه على الحبس العادي ويتجرد من الامتياز المزود به في الرهن .

٢ - تتحقق الصورة الثانية إذا ما تقرر بطلان الرهن أو فسخه . فهنا يزول التعاقد وآثاره وبالتالي يتجرد الدائن من الحق العيني الذي اكتسبه على المال المرهون ، فيمتنع عايه أن يباشر الأفضلية التي اكتسبها بمقتضى الرهن . ولكن يتخلف عن هذا التعاقد حق في الحبس طبقا للقواعد العامة . وهو إذ يتقرر ، يثبت للدائن مجردا عن أى امتياز . واساس هذا الحبس أن الدائن المرتهن يحق له الامتناع عن رد الشيء حتى يقوم الراهن بإداء الالتزام المرتبط بوجود هذا الشيء لدى الدائن (٢) . وهذا محض تطبيق لنص المادة ٢٤٦ التي تقرر أن كل من التزم بإداء شيء له أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مرتبط بهذا الشيء .

على انه يجب لإمكان تطبيق الحكم المتقدم ألا يكون الفسخ أو البطلان نتيجة خطأ الدائن أو تقصيره أو غشه .

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٩١ وما جاء بشأن المصروفات .

(٢) راجع في هذا المعنى كارنكاريه المرجع السابق ص ٣٥٥ - اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٩٥ - الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٣١ - انظر أيضا نقض مدني ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض سنة ٢ عدد ٢ ص ٢٢٤ .

المبحث الثالث

(آثار رهن الدين)

٢٠٣ - الدائن المرتهن لا يكتسب مطلقاً عيناً في رهنه الدين -

ولكنه يتميز عن غيره من الدائنين :

قدمنا في تحديد ميعاد الحقوق العينية بصفة عامة أن العبرة بمحل الحق. فإذا كان شيئاً مادياً معيناً بالذات كنا بصدد حق عيني (١)

وعلى ضوء هذا المعيار اتخذنا موقفاً من الحقوق العينية التبعية ، فانتصرنا للفقه الراجح للابقاء عليها . وهي تتقرر في كل حالة يتعلق فيها حق الدائن المزود بضمان خاص ، بشيء مادي معين بالذات. وبعبارة أدق يتصل حق الدائن بالكيان الاقتصادي للشئ ، وهو عنصر أساسي فيه . ويترتب على ذلك سيطرة الدائن على القيمة الاقتصادية للشئ الذي تقرر عليه حقه ، على نحو يحول له أن يقصى مزاحمة من يشاركه فيها ، وذلك في الحدود التي تضمن له الوفاء بدينه ، ويجيز له أيضاً أن يتعقب هذه القيمة الاقتصادية أينما انتقلت ملكية الشئ (٢) .

ولما كان هذا هو معيار تحديد الحق العيني في تقديرنا ، فلا يمكننا التسليم بوجوده إذا كان الضمان الخاص المقرر للدائن قد ورد على مال معنوي ، كما

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٦ وما بعدها .

(٢) انظر بونكاز الملحق لمطول بودوي ج ٥ ص ١٨٤ ، ٢٠٦ - كارتكار ليه المرجع السابق ص ٤١٨ - راجع أيضاً ديروبييه « الطبيعة القانونية لخلق المستأجر والفرقة بين الحقوق العينية والشخصية » رسالة ن. تولوز ١٩٥٢ ص ٢٨٠ .

هو الحال في رهن الدين (١) .

والواقع أن الدائن المرتهن إذا اكتسب الضمان الخاص على حق من الحقوق الشخصية ، أى أنه ارتهن ديناً مستحقاً لمدينه في ذمة الغير ، فهنا لا يتصور القول أننا بصدد حق عيني . ذلك أن حق الدائن المرتهن ينصب في هذه الحالة على أداء معين بالتزم بتقديمه لمدينه ، وبعبارة أخرى يرد الضمان الخاص هنا على التزام باعطاء . وغنى عن البيان أن طبيعة الحق العيني تنفر من أن يكون محله مجرد أداء يلتزم به شخص معين . بل إن خصيصية الحق العيني التي تميزه عن غيره ، هو أنه يرد على شيء مادي حال ، ومعين بالذات ، على نحو يحول لصاحبه أن يستأثر به ، فيتسلط على مزاياه ، في الحدود التي ينحوها له مضمون الحق . وهو يباشر هذا التسلط دون حاجة لمعاونة الغير ، لأن الصلة مباشرة بينه وبين الشيء محل الحق (٢) .

أما رهن الدين فهو يكسب الدائن المرتهن مركزاً يتميز به عن سائر الدائنين . أى أنه يتضمن مجرد إخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين ، دون أن يترتب عليه تقرير حق عيني للدائن . قوام هذا الإخلال هو تخصيص دين معين

(١) راجع في الدفاع عن إمكان تقرير حق عيني على حقوق شخصية ريجو « الحق العيني تاريخه ونظرياته » رسالة من تولوز ١٩١٢ ص ٣٩٥ وما بعدها . ويرى هذا الاتجاه أن حق الدائن يكون عينياً أيضاً إذا ورد على مال معنوي ، كما هو الحال بالنسبة لرهن الدين . وذلك أن الدائن يسند إليه الحق في الاستفادة من مال معنوي وهو يخلف عن الحقوق العينية الأخرى من حيث التكوين المادي ، ولكنه يتفق معها من حيث المضمون ، أى بالنسبة للسلطات التي ينحوها لها . ريجو المرجع السابق ص ٣٩٤ . وانظر ما تقدم ص ٦١ ، حسن كيره الحقوق العينية الأصلية ج ١ في حق الملكية فقرة ٢٠ وفيها يقرر أن رهن الحق الشخصي لا يخرج عن كونه حالة لهذا الحق على سبيل الضمان والائتمان . وإذا كان القانون يتكلم عن رهن الدين فهو لا يواجه بذلك حقاً عينياً بالرهن على حق شخصي - إذ الحق لا يصلح محلاً للحق العيني - وإنما يواجه مجرد حوالة للحق الشخصي لغرض الائتمان تجعل المحال له مفضلاً على سائر الدائنين في استيفاء حقه من قيمة الحق المحال به (٢) أنظر كارنكاليه المرجع السابق ص ٤٤١ .

لضمان حق الدائن المرتهن . وكأن حقه ينصب إذن على أداء معين التزم به شخص نحو مدينة . ويترتب على ذلك أن الراهن يمتنع عليه التصرف في هذا الدين ، على نحو يضر بدائنه ، ويحرم عليه أن يستوفيه لأن القيمة المالية التي يمثلها قاد تعلق بها حق الدائن المرتهن . وإذا كان للراهن دائنون آخرون ، والتجأ أحد منهم إلى حجز ما للمدين لدى الغير ، فهنا يتمتع الدائن بأفضلية في استيفاء الدين المحجوز لدى الغير ، لأنه اكتسب مركزاً مفضلاً بمقتضى الرهن .

ولما كان رهن الدين يكسب الدائن مركزاً مفضلاً ، ويعبر عن ضمان خاص يكفل له استيفاء حقه ، فانه يتعين تقرير أحكام تيسر تحقيق الهدف من هذا الضمان . على هذا النحو أجاز للدائن قبل حلول أجل الوفاء ، أن يستفيد من ثمرات الدين المرهون ، بأن يستأثر مثلاً بالفوائد التي تستحق عنه ، ويخصصها مما هو مستحق له . بل له أيضاً أن يستأثر بكل استحقاق دوري ، حتى يستوفي حقه كاملاً . فاذا حل أجل الوفاء ، ولم يكن استوفى حقه جاز له أن يبيع الدين المرهون ، وأن يستوفي حقه من ثمن البيع .

الخلاصة إذن مما تقدم أن رهن الدين لا يكسب حقاً عينياً ، لأن نطاق هذه الحقوق يقتصر فقط على الأشياء المادية المعينة بالذات : ولكنه يضع الدائن المرتهن في مركز مفضل يكفل له استيفاء حقه من القيمة المالية التي يمثلها دين معين يستحق للراهن في ذمة الغير .

٢٠٤ - رهن الدين يخضع للإعظام العامة في إنشاء حوالة الحق . وسرياً على الغير :

يعتبر رهن الدين على النحو المتقدم صورة من صور حوالة الحق ، يقصد بها تحقيق هدف ائتماني . فالراهن يتصرف في حقه على سبيل الرهن ، وذلك للحصول على ائتمان من دائنه .

وقد أخضع المشرع هذا التصرف ، للقواعد العامة في حوالة الحق ، فأجاز إنشاء الرهن بمجرد رضا الراهن والدائن المرتهن ، دون أن يستلزم موافقة المدين .

ولكن هذا التصرف لا يسرى في مواجهة المدين بالالتزام المرهون ، إلا بإعلانه به ، أو بقبوله له . وهذا هو الحكم الذي قرره المشرع أيضاً في حوالة الحق بصفة عامة .

ولا يكون نافذاً في مواجهة الغير إلا إذا كان إعلان المدين ، أو قبوله لهذه الحوالة الائتمانية ، ثابت التاريخ . ويلزم إلى جانب ذلك أن تنتقل حيازة السند المثبت للمدين إلى الدائن المرتهن (م ١١٢٣) (١) .

وينبج أن يكون الدين المرهون قابلاً للحوالة وهو ما تعبر عنه المادة ١١٢٥ بقولها « إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للمحجز فلا يجوز رهنه » . وتطبيقاً لذلك لا يجوز رهن دين لا يقبل الحوالة بنص القانون أو بموجب اتفاق أو بحسب طبيعة الدين . وكذلك أيضاً لا يجوز رهن الدين إذا كان غير قابل للمحجز عليه » .

٢٠٥ - الدفوع التي يجوز للمدين بالالتزام المرهون أنه

يتمسك بها :

تنص المادة ١١٢٧ على أنه « يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التي تكون له قبل دائنه الأصلي ، كل ذلك بالقدر الذي يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال إليه » .

(١) راجع ما تقدم في فقرة ١٨٣ .

يستفاد إذن من حكم هذه المادة أن المدين بالدين المرهون ، يحق له الاحتجاج على الدائن المرتهن بكل دفع يجوز له التمسك به قبل الرهن وقت نفاذ الرهن عليه (م ٣١٢) ، وذلك كأن يتمسك ببطلان الدين أو انقضائه لأي سبب من الأسباب .

ويستثنى من هذا الحكم الدفع بالمقاصة التي توافرت شروط التمسك بها وقت نفاذ الرهن ، في الحالة التي يقبل فيها المدين هذا الرهن دون أن يهدى تحفظاً . فهنا يمتنع عليه التمسك بالمقاصة التي توافرت شروطها في علاقته بالراهن . وفي هذا الاستثناء خروج عن القواعد العامة ، لأن الدين المرهون قد انقضى بالمقاصة ، ومع ذلك يمنع القانون الراهن من الاحتجاج بها ما دام لم يبد تحفظاً في قبول الرهن (م ٣٦٨) . وعلة هذا الاستثناء هي حرص المشرع على تأمين المحال له بالحق ، أو الدائن المرتهن في الصورة التي نبحثها . إذ ليس من المقبول أن يفاجأ بانقضاء الدين الذي اكتسب عليه ضماناً خاصاً ، وليس من المفروض في العلم بوقوع المقاصة ، ما دام المدين قد قبل الرهن بلا تحفظ . وهنا يقع على المدين وزر خطئه ، لأنه كان في إمكانه أن يتوقى هذا الخطأ بإبداء التحفظ في قبوله للرهن .

ويظهر من هذا الاستثناء أنه لا يصدق على الحالة التي لا يكون فيها المدين قد قبل الرهن ، بل أعلن به فقط . ففي هذه الصورة تطبق القواعد العامة ، ويحق له الاحتجاج بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة دائته .

٢٠٦ - آثار رهن الدين :

تخضع هذه الآثار بالنسبة لعلاقة الدائن بالراهن ، للاحكام العامة التي قدمناها في آثار الرهن الحيازي . فيلتزم الراهن بتسليم سند الدين المرهون ، وبضمان سلامة الرهن ونفاذه . وعلى هذا النحو يمتنع عليه القيام بأي عمل يهدر حق الدائن المرتهن ، كأن يتلقى الوفاء بالدين ، أو يتصرف فيه إلى دائن آخر .

أما الدائن المرتهن ، فيلتزم بالمحافظة على الدين وصيانتة . فإذا كان وشيك الانقضاء بالتقادم ، يجب عليه اتخاذ الاجراء القانوني الذي يقطعه ، وإذا كان مهدداً بنزاع فعليه أن يخطر الراهن إن كان تدخله مجدياً . وإذا كان هذا الدين مضموناً بتأمينات تكفل الوفاء به ، فيتعين على الدائن أن يحافظ عليها وأن يصونها من الضياع أو الإضعاف .

ويلزم الدائن المرتهن أيضاً باستيفاء الاستحقاقات الدورية للدين في الزمان والمكان المعينين لذلك ، على أن يبادر باخطار الراهن بما استوفاه .

وإذا كان الدين يستحق عنه فوائد ، فللدائن المرتهن أن يستولى عليها ، وكذلك كافة الاستحقاقات الدورية ، على أن يتم خصم كل ما قبضه من ملحقات الدين ، وتتضمن المصروفات ، ثم الفوائد المستحقة للدائن . فإذا تبقى شيء بعد ذلك ، خصم من أصل الدين (م ١١٢٦) .

محل الدين المرهون قبل استحقاق الدين المضمون: عرض المشرع لهذه الصورة ، وهي كثيرة الوقوع . في المادة ١١٢٨ . ومفاد الحكم الذي أخذ به التقنين المدنى الجديد ، هو أن المدين بالالتزام المرهون ، يلتزم بالوفاء للدائن المرتهن والراهن معاً ، فلا يجوز أن يؤثر أحدهما بهذا الوفاء (١) .

ويجوز للدائن المرتهن والراهن أن يتفقا على إيداع الدين في خزانة المحكمة . حينئذ يلزم الاتفاق على استغلال الأموال المودعة ، على نحو يحقق النفع للراهن . من ذلك مثلاً أن تستثمر في شراء أوراق مالية تدر فائدة أوروبياً ، أو تودع في أحد المصارف التي تمنح فائدة مجزية .

ويراعى في الاستثمار أيضاً تحقيق مصلحة الدائن ، بحيث لا يكون مؤدياً إلى حرمانه من استيفاء حقه حينما يحل أجل الوفاء به . والمرجع الأخير في حالة

الخلاف يكون للقاضي ، الذي يوازن بين المصالح ، ويتجه بالاستغلال الوجهة التي تلائم تحقيق الهدف من الرهن .

وفي الأحوال التي لا يقنع فيها الدائن والراهن ، بمجرد إيداع المبالغ المستوفاة ، ويتم الاتفاق بينهما على استغلالها ، يلتزم الراهن بتقديم رهن آخر للدائن . ويجوز أن يتقرر هذا الرهن على الأموال التي تم شراؤها مقابل هذه المبالغ بقصد استغلالها ، كأوراق مالية أو منقول أو عقار آخر .

أما إذا اكتفى الطرفان بمجرد إيداع هذه المبالغ في خزانة المحكمة ، أو في مصرف من المصارف ، فهنا ينتقل حق الرهن إليها بقوة القانون (م ١١٢٨-٢) .

تعاصر استوفاء أداء الدين المضمون والدين المرهون : في هذه الحالة يباشر الدائن المرتهن حق الأفضلية المخول له بمقتضى الرهن . وإذا كان الدين محجوزاً لدى المدين من دائن آخر للراهن ، فهنا يشترك الدائن المرتهن في التوزيع مقدماً على غيره من الدائنين العاديين .

ويجوز للدائن المرتهن ، إن رأى مصلحته في ذلك أن يلجأ إلى القاضي يسأله الإذن في بيع الدين المرهون . وهنا يبين القاضي طريقة إجراء هذا البيع ، ويستوفي الدائن حقه من ثمن البيع ، وتخلص الزيادة للراهن .

أخيراً يحق للدائن أيضاً أن يطلب من القاضي الأمر بتمليكه الدين المرهون ، على أن تقدر قيمته بالاستعانة بأهل الخبرة ، وتخصم من الحق المستحق للدائن .

الفصل الثالث زوال الرهن الحيازي

٢٠٧ — زوال الرهن الحيازي بصفة تبعية - إعماله - حكم خاص

بالتقدم :-

تنص المادة ١١١٢ على ما يأتي «ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته » .

تضع هذه المادة حكم الزوال التبعي للرهن الحيازي . وهي في صياغتها تتفق مع ما جاء في الباب المخصص للرهن الرسمي ، ولذا نكتفي بالإحالة إلى كافة ما قدمناه في هذا الشأن (١) .

ولكن ينبغي الإشارة هنا إلى حكم يتصل بالرهن الحيازي ، ويفضي إلى أن هذا التأمين الاتفاقي قد انعكس أثره على الدين المضمون فيمنع سريان التقدم عايه وبالتالي يحول دون انقضائه بمضي المدة .

ونعني بما تقدم نص المادة ٣٨٤/٢ التي تعتبر ترك المال المرهون رهناً حيازياً تحت يد الدائن ، إقراراً ضمنيّاً من بجانب المدين بوجود الدين . ويترتب على ذلك أنه لو كان حق الدائن منذ نشأته مضموناً برهن حيازي ، فلا يبدأ سريان التقدم المسقط لحقه إلا من الوقت الذي يستعيد فيه الراهن الشيء المرهون . ومن باب أولى يترتب على تقرير هذا الرهن في تاريخ لاحق انقطاع التقدم ، ويمتنع سريانه ما دام الدائن حائزاً للشيء المرهون .

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٢١ وما بعدها .

٢٠٨ - زوال الرهن الحيازي بصفة أصلية :

قد يزول الرهن أيضا بصفة أصلية ، لأسباب لاتمس الدين المضمون .
ويتوافر ذلك في الحالات الآتية :-

التنازل عن الرهن : عالجته المادة ١/١١١٣ حكم هذا التنازل .
ويشترط لصحته أن يصدر عن دائن يتمتع بأهلية الإبراء من الدين المضمون .
والتنازل إما أن يكون صريحا أو ضمنيا .

وقد وضع المشرع قرائن بسيطة يجوز للدائن أن يهدمها بإثبات عكسها .
وهو في هذا الاثبات لا ينبغي أن يضر بحقوق الغير المكتسبة .

القرينة الأولى تستفاد من تخلى الدائن عن حيازة المال المرهون . وقد سبق
لنا بحثها ، فقررنا بشأنها أن للدائن المرتهن أن يثبت أن ترك الحيازة كان
لأسباب موثقة جدية ، وذلك دون إخلال بحقوق الغير المكتسبة (١) .

والقرينة الثانية تستخلص من موافقة الدائن المرتهن على التصرف في المال
المرهون دون تحفظ . هذه القرينة بدورها ليست قاطعة ، بل يجوز إثبات
عكسها ، لاسيما أن التصرف لا يحمل دائما على انصراف نية الدائن إلى التنازل
عن الضمان ، باعتبار أن حقه قائم في تتبع المال المرهون . ولعل صورة التصرف
التي تتضمن معنى التنازل ، هي التي يوقع فيها الدائن على العقد كضامن
تلخاو الشيء من الحقوق والتكاليف العينية .

وأيا ما كان الأمر ، فإن تنازل الدائن عن الرهن ، لا ينبغي أن يضر بحقوق
الغير المكتسبة على محل التأمين . فإذا كان الدين المضمون مثلا ، قد
رهنه الدائن للغير ، فإن هذا الرهن يتناول التأمينات التي تكفل الوفاء به ،
ومن بينها الرهن الحيازي المقرر لصالح الدائن المرتهن . وعلى النحو إذا تنازل

(١) راجع ماتقدم فقرة ١٧٨ وما جاء فيها بشأن استمرار الحيازة .

هذا الدائن عن الرهن ، فإن هذا التنازل لا يسرى في حق دائنه الذي ارتهن الدين المضمون بما يكفله من تأمينات (١) .

زوال الرهن بالبيع الجبري : لم يعد الأمر محلاً للخلاف بالنسبة للعقار بعد أن صدرت تقنين المرافعات متضمنة نصاً صريحاً يقضى بأن تسجيل حكم مرسى المزايد ، يترتب عليه تطهير العقار من كافة الحقوق العينية التبعية ، بما فيها حق الدائن المرتهن رهن حيازة. وعلى هذا النحو يلتزم الدائن برد العقار إلى الراسي عليه المزايد، ولا يجوز له الاحتجاج بحق الحبس ، لأن الحبس ساطة يتمتع عليه مباشرة ، بزوال الحق العيني الذي كان يبررها (٢) .

ويراعى أن تقنين المرافعات قد حرص على هذا النص حتى يزيل الخلاف الذي كان قائماً إزاء صمت التقنين المدني عن تقرير هذا الحكم بالنسبة للرهن الحيازي .

ويقتصر حق الدائن المرتهن رهن حيازة ، على الاشتراك في توزيع الثمن وفق المرتبة التي يكفلها الرهن . ويلاحظ أن زوال الرهن بالبيع الجبري للعقار ، لا يترتب أثره إلا إذا كان الدائن قد أعلن بإيداع قائمة شروط البيع وأخطر بتاريخ جلسته (م ٦٩١ (٣)) .

أما بالنسبة للمنقول فلا زال الباب مفتوحاً للاجتهاد ، وقد اتجه جانب من الفقه ، إلى أن الرهن لا ينقضي كقاعدة عامة بالبيع الجبري ، باعتبار أن المشرع لم يضع نصاً على غرار ما فعل بالنسبة للعقار . ويترتب على ذلك أن

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٤١ .

(٢) راجع التقرير الثاني للجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ ، وانظر ما تقدم في دراسة الحبس المترتب على الرهن الحيازي .

(٣) راجع في تفصيل تطهير العقار من الحقوق العينية ما تقدم بيانه فقرة ١٣٠

الدائن المرتهن يحق له حبس الشيء المرهون في مواجهة الراسى عليه المزااد حتى يستوفى كل المبالغ التى يضمونها الرهن (١) .

ولعل مما يعزز هذا الرأى أن حائز المنقول له أن يعتصم بحيازته القائمة على حسن نية وسبب صحيح ، فيرد كل مطالبة به .

على أنه يلاحظ أن هذا الاتجاه المتقدم لا يؤخذ به إذا كان الدائن المرتهن هو الذى طلب بيع المنقول المرهون ، أو اشترك فيه . إذ يستفاد من ذلك أن الدائن قد انصرفت نيته إلى التخلي عن حيازة المنقول ، وانتقال حقه إلى الثمن الذى يرسو به المزااد .

التطهير الاختيارى للعقار : بينا فى دراسة سابقة (٢) أن مشتري العقار المرهون رهنا حيازيا ، لا يحق له الالتجاء إلى إجراءات التطهير الاختيارى التى نظم أحكامها التقنين المدنى بالنسبة لحائز العقار المرهون رهنا رسميا .

ولكن إذا كان العقار مرهونا رهنا رسميا ، فهنا يتعين على الحائز الذى يريد تطهيره ، أن يوجه العرض لكل الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة ومن بينهم الدائن المرتهن رهن حيازة) . فإن لاقى العرض قبولا وقام الحائز بدفع الثمن للدائنين أو ايداعه خزانة المحكمة ، يتطهر العقار من كل الحقوق العينية التبعية المقررة عليه .

إزالة النسبة لبعض أسباب زوال الرهن : قد يزول الرهن الحيازى أيضا لتملك الدائن للمال المرهون ، أو هلاك هذا المال . ونقتنع فقط بهذه الإشارة ونحيل فى تفصيلها الى ما سبق بيانه فى دراسة الرهن الرسمى (٣) .

(١) انظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥٠ .

(٢) راجع ماتقدم فقرة ١١٥ ، وانظر أيضا سلطة التبعية فى الرهن الحيازى فقرة ٢٠٠ .

(٣) راجع ماتقدم فقرة ١٢٩ ، ١٣١ .

الباب الرابع

حقوق الامتياز

٢٠٩ - تمهيد وتقسيم :

حقوق الامتياز هي النظم القانونية الأخيرة للضمان الخاص التي ختم بها المشرع نصوص التقنين المدني. وهي على خلاف النظم التي سبق لنا دراستها لا تخضع في تقريرها إلى ارادة الأفراد، ولا تنشأ بأمر القاضي، وإنما تستمد وجودها من نصوص القانون مباشرة. وبهذه المثابة يمكن القول أن حقوق الإمتياز هي ضمانات عينية خاصة تكفل استيفاء بعض الديون من المقابل النقدي للأموال التي تدخل في وعاء الامتياز، بالأفضلية التي يحدد المشرع مرتبتها. وقد أثارت حقوق الإمتياز الخلاف بين الفقهاء حول تحديد طبيعتها. فهل تعتبر من قبيل الحقوق العينية التبعية شأنها شأن التأمينات العينية الإتفاقيّة والقضائية، أو هي مجرد أوصاف تلتحق ببعض الديون فتغير من حق الدائن الذي يخضع لقاعدة المساواة بين الدائنين، وتجعل منه حقاً وصوفاً بأفضلية تحددها مرتبة الإمتياز. وفي هذا الشأن نلمس في الفقه اتجاهاً رئيسين، أحدهما يرد حقوق الامتياز إلى طبيعة واحدة، والآخر يعتمد في تأصيلها على تنوع طبيعتها.

وسنعنى في فصل أول باتخاذ موقف من هذا التعارض الفقهي. وبذلك يتيسر لنا وضع تعريف لحقوق الإمتياز، وبيان بعض الأحكام الأساسية، وتمهيد الطريق للكشف عن تنوعها. هذه هي المسائل التي نجتمعها في فصل أول نتخذ له عنواناً « الأسس العامة في حقوق الإمتياز ».

وعلى ضوء هذا كله نخصص دراستنا في فصل ثان باستعراض حقوق الامتياز حسب الترتيب الذي جاءت به في نصوص القانون. وهذا هو الفصل الذي نتخير له عنواناً « الأحكام الخاصة بكل امتياز ».

الفصل الأول

الأسس العامة في حقوق الامتياز

٢١٠ - المبدأ المختار للحق العيني التبعي لا يصدر عن الحق العيني

الامتياز العامة :

قدمنا في التمهيد لدراسة نظم التأمينات العينية ، أن الحق العيني التبعي يرد فقط على الأشياء المادية المعينة بالذات (١). وقد استجبنا في هذه الصياغة المختارة إلى أن العبرة في تحديد الطبيعة العينية للحقوق هي بمحل الحق. فالمحل المادي المفروض هو الذي يصلح وحده لتقرير الحقوق العينية عليه .

ويترتب على الأخذ بهذا المعيار أن حق الامتياز العام الذي يضمن الأفضلية لبعض الديون ، لا يزود الدائن بحق عيني تبعي . وذلك أن الحق العيني يقتضي وجود محل مادي منمرز ومعين بالذات (٢) . بينما يلاحظ أن حقوق الامتياز العامة ، لا تربط حق الدائن بشيء مادي معين . وإنما يظهر أثرها فقط عند التنفيذ على أموال المدين . فإذا كان بين الدائنين دائن يتمتع بامتياز عام بشأن دين من الديون المستحقة في ذمة المدين ، فإنه يجوز له استيفاء هذا

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٥ وما بعدها . أنظر أيضاً حسن كيرة الحقوق العينية الأصلية ج ١ في حق الملكية فقرة ١٩ وما بعدها .

(٢) ويترتب على هذا التصوير أن الامتياز المقرر على الدين لا يزود الدائن بحق عيني تبعي . ذلك أن الحق العيني لا يجوز تقريره على حق شخصي . ويكون الحق الممتاز مجرد أفضلية تكفل للدائن أن يفلت من قاعدة المساواة ، وأن يستوفي حقه مفضلاً عن سائر الدائنين من الدين الذي تقرر عليه الامتياز . ومن قبيل الامتياز على الديون حقوق المقاولين من الباطن والعمال على الدين المستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي ، وحقوق عمال المقاول من الباطن على الديون المستحقة في ذمة رب العمل للمقاول من الباطن ، وفي ذمة المقاول الأصلي للمقاول من الباطن (راجع م ٦٦٢ مدني) . وأنظر في الامتياز على الديون روبينو « حقوق الامتياز على الديون وأسباب الأفضلية الأخرى عليها » رسالة من بوردو سنة ١٩٥٠ .

الدين مفضلاً على غيره من الدائنين . وبذلك يفلت من قاعدة المساواة التي تحكم التنفيذ على أموال المدين كقاعدة عامة .

على أن الامتياز العام لا يربط حق الدائن بشيء مادي بالذات يملكه المدين وإنما تبقى مسؤولية المدين في مواجهة الدائن شخصية غير محددة . وبهذه المثابة تظل حرية مكفولة في التصرف في أمواله وفي عقد ديون جديدة . ولا يظهر الامتياز العام إلا عند التنفيذ على المال ، ويتمثل في أفضلية تكفل استيفاء الدين الممتاز قبل الديون العادية . وبذلك يمكن القول إذن أن الامتياز العام لا يكسب الدائن حقاً عينياً . أما حق الامتياز الخاص فهو يكسب الدائن حقاً عينياً تبعياً ما دام وارداً على شيء مادي معين بالذات (١) .

(١) أثار هذا النظر خلافاً طويلاً بين الفقهاء . أنظر في بيان وتحليل الاتجاهات المختلفة روبينوالمراجع السابق ص ١٠٦ . وقد اكتفينا في المتن بالصياغة المختارة التي تتجارب في تقديرنا مع التصوير الذي نراه لحقوق العينية . لا سيما وأن طابع الدراسة العامة لا يسمح بالإنفاضة في هذه الخلافات الفقهية . وفيما يلي نوجز فقط الملاحظات الرئيسية للخلاف .

١ - هناك اتجاه فقهي إلى تنوع طبيعة حقوق الامتياز . وهو تنوع أساسه اختلاف محل الامتياز . إذ لا يمتنع أن يخضع الامتياز الوارد على كل أموال المدين لنفس الطبيعة التي يخضع لها الامتياز المقرر على عقار أو منقول معين بالذات . والملاحظ في هذا الاتجاه هو اجتماع الفقهاء على أن الامتياز العقاري الخاص يكسب الدائن حقاً عينياً تبعياً بكونه ما يكفل هذا الحق من سلطات . وبعبارة أخرى أن الامتيازات العقارية الخاصة هي رهون قانونية شأنها شأن الرهن الرسمي تماماً .

ويظهر الخلاف بين الفقهاء بشأن حقوق الامتياز العامة التي يتحدد وعائها بجميع أموال المدين العقارية والمنقولة . فاتجه البعض إلى اعتبارها حقوقاً عينية (بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٩٢ - ديروبيه « طبيعة حق المستأجر والفرقة بين الحقوق العينية والشخصية » رسالة من تولوز سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٣ وما بعدها - بوبلاتسكي طبيعة الامتياز في القانون المدني الفرنسي رسالة من إيلوردو سنة ١٩١٣ ص ٢٩٨ وما بعدها) . وقال البعض الآخر بأنها حقوق عينية إذا باشرها الدائن على عقار ، وأنها تعتبر مجرد أوصاف تلحق بالذات إذا باشرها الدائن على المنقولات . (بودري لاكتنري ج ١ ص ٢٧٣ - أوبري ودو ج ٣ ص ١١٢) . والواقع أن الامتيازات العامة لا ترد على شيء مادي معين بالذات ، وبالتالي فهي لا تربط حق الدائن بشيء معين . ومن ثم لا يجوز القول بأنها حقوق عينية ، وإنما هي مجرد أوصاف تلحق ببعض الديون تكفل لها أفضلية في الاستيفاء على غيرها من الديون . (أنظر في هذا المعنى روبينو المراجع السابق ص ١٠٨) .

١١١ - تعريف الامتياز:

يعرف التقنين المدني حق الامتياز في نص المادة ١١٣٠ / ١ بأنه أو لوية يقررها القانون لحق معين مرعاة منه لصفته .

و أول ما يلاحظ على هذا التعريف أنه أغفل الإشارة إلى أن الدائن المزود بامتياز يكتسب حقاً عينياً على المال المحمل به . بل استعان في التعريف الذي أخذ

= أما حقوق الامتياز الخاصة التي ترد على المنقول فهنا نجد أن الفقه السائد لا يقر الطبيعة العينية لهذه الحقوق . بل وينعقد اجماع هذا الاتجاه الفقهي على أن الامتياز الخاص الوارد على المنقول والذي يستند إلى فكرة الرهن الضمني يكفل للدائن حقاً عينياً تبعياً ، ومثال ذلك امتياز مؤجر العقار . ولكن يظهر الخلاف بالنسبة للامتيازات المنقولة الخاصة التي لا تستند إلى الاعتبار المتقدم ، وذلك كامتياز بائع المنقول مثلاً - (راجع في تفصيل ذلك أوبري ورو ج ٣ فقرة ٢٥٦ وما بعدها - بلاينول الطبيعة الأولى ج ٢ فقرة ٢٥٨٤) .

٢ - وهناك اتجاه فقهي آخر يرمى إلى توحيد طبيعة حقوق الامتياز . على أن هذا الاتجاه الشوحيدي يسير في طريقين مختلفين .

فالبعض يرى أن حقوق الامتياز باختلاف أنواعها ترتب لأصحابها حقوقاً عينياً . وهذا هو التصوير الذي دافع عنه بوبلافكس « طبيعة الامتياز في القانون المدني الفرنسي » رسالة من بور دو سنة ١٩١٣ - بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٩٢ وما بعدها .

والبعض الآخر ينكر بصفة مطلقة الطبيعة العينية لحقوق الامتياز ، ويرى توحيد طبيعتها على أساس أن حقوق الامتياز هي صفات تلتصق ببعض الديون فتكفل الاخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين . أنظر في هذا المعنى بونكاز الملحق لمطول بودري ج ٥ فقرة ٧٣ ، ص ٤٣٧ - ٥١٠ ، والموجز في القانون المدني ج ٢ فقرة ٨٨٠ وما بعدها - أنظر أيضاً روبينو المرجع السابق ص ١٢٣ وما بعدها . وبصفة خاصة ص ١٣١ .

ويبدو لنا أن أفضل هذه الاتجاهات هو الاتجاه الأول الذي يذهب إلى تنوع طبيعة حقوق الامتياز وفقاً لوعاء الأفضلية . فالامتياز العام لا يكسب الدائن حقاً عينياً لأنه لا يرد على مال معين بالذات وإنما يشمل جميع أموال المدين . وكذلك الحال أيضاً بالنسبة للامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية ، وقد أشرنا في المتن إلى عدم جواز تقرير الحق العيني على الحقوق . وإنما مناط وجود الحق العيني هو تقريرها على أشياء مادية معينة . ومن هنا نرى أن كل الامتيازات الخاصة العقارية والمنقولة تكسب الدائن حقوقاً عينية على الكيان الاقتصادي للأموال المقررة عليها .

به ، بالسلطة التي يزود بها الدائن ، وهي استيفاء الدين من المقابل النقدي للمال الذي يرد عليه الامتياز بالأولوية التي يحددها القانون .

وفي هذا الاتجاه يظهر حرص المشرع على عدم اتخاذ موقف من طبيعة الامتياز ، لاسيما وأنها قد أثارت الخلاف بين الفقهاء على النحو المتقدم بيانه . ولعل مسلك التقنين المدني الجديد في هذا الصدد ، أقرب إلى وظيفة التشريع ، مادام قد وضع احكاما مفصلة تكفل بيان حقوق الدائنين أصحاب الحقوق الممتازة .

هذا التعريف يصدق على إطلاقه بالنسبة إلى الامتياز العام المقرر على جميع أموال المدين ، فهو يقتصر فقط كما تقدم البيان على تمكين الدائن المزود به من الإفلات من قاعدة المساواة بين الدائنين .

أما الامتيازات الأخرى ، وحيث ترد على أشياء مادية معينة بالذات ، فيمكن بصدد هذا القول بأنها تكسب الدائن حقا عينيا على محل الامتياز . هذا الحق يخول لصاحبه استيفاء الدين من المقابل النقدي لشيء معين بالذات ، ويكفل له تتبعه بالقدر الذي يتلاءم مع قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز على النحو الذي سنبينه في دراسة حقوق الامتياز المنقولة .

٢١٢ - أساس تقرير حقوق الامتياز :

هناك اعتبارات مختلفة أملت على المشرع تقرير حقوق الامتياز ، وإيثار بعض الديون دون الأخرى بأفضلية تكفل للدائن استيفاء هذه الديون قبل غيرها .

وتأتي العدالة في طبيعة هذه الاعتبارات . فهناك صور نجد فيها الدائن مثلا قد يدخل في ذمة المدين أموالا جديدة ، أو يحافظ له على أمواله ويصونها من الهلاك . وعندئذ تقضي العدالة بأن الدين ، دين الثمن ، أو دين مصروفات الحفظ والصيانة يتمتع بأفضلية في الاستيفاء على غيره من الديون .

وقد تراعى فى تقرير الامتياز اعتبارات اجتماعية كما هو الحال فى ديون الاجراء . فالأجر هو المورد الوحيد للعامل الذى يواجه به اعباء الحياة . ومن هنا تفضى الاعتبارات الاجتماعية ، فضلاً عن الاعتبارات الانسانية ، إلى تمكين العمال من استيفاء حقوقهم بأوفر الضمانات وأقواها .

وقد يكون الصالح العام هو الاعتبار الاساسى فى تقرير الامتياز ، وهو الاعتبار الملحوظ بصفة خاصة فى امتياز الدولة ضماناً لاستيفاء المستحق للخزانة العامة .

ويمكن القول إن العدالة والاعتبارات الاجتماعية والصالح العام هى مجموعة الأسباب التى تنفرد أو تتفاعل لتلج على المشرع تقرير الامتياز لصالح بعض الديون . ومن هنا يقال دائماً إن الامتياز يمنح للدائن بسبب صفة أو اعتبار فى الدين .

بل وإن هذه الأسباب المتقدمة هى التى تدخل فى تقدير المشرع ايضاً وهو بسبيل ترتيب حقوق الامتياز . وتقديم بعض الديون على الأخرى . وهو ماسنبيه فى دراستنا المفصلة للأحكام الخاصة لحقوق الامتياز ومراتبها .

وقد رأى المشرع أن هذه الأسباب المجردة تبرر معاملة خاصة لبعض الديون . ومن هنا ترجع عن هذه المعاملة فى صياغة قانونية تكفل للدائن الافلات من قاعدة المساواة بين الدائنين بمناسبة الدين الممتاز .

هذه الأفضلية التى يكفلها الامتياز تختلف وفقاً لطبيعة الأموال الواردة عليها . فهى تارة تكون فى صورة امتياز عام يرد على أموال المدين جميعها دون تحديد لمال معين بالذات . وتارة أخرى تزود الدائن بحق عينى تبعى على عقارات أو منقولات مادية معينة بالذات .

يبين من كل ماتقدم أن الامتياز حق يتأسس من الوجهة المجردة على أسس العدالة والاعتبارات الاجتماعية والصالح العام . ويتمحق من الوجهة القانونية

في شكل افضلية عامة على كل أموال المدين ، أو حق عيني تبعي على أموال معينة بالذات .

٢١٣ - الامتياز ضمانة قانوني يحسبها المشرع تقريره :

من الأسس القانونية المستقرة أن حق الدائن لا يزود بامتياز إلا بمقتضى نص في القانون (م ١١٣٠ / ٢) .

هذا الحكم لا مجال للتوسع في تفسيره ، ولا يجوز القياس بشأنه . فالمشرع وحده هو الذي يتخير الديون الممتازة على النحو المتقدم بيانه . وبالتالي يمتنع على القضاء أن يمنح امتيازاً لدين معين ، ولا يعتد باتفاق الأفراد على اعتبار حق الدائن ممتازاً (١) . وليس من سبيل أمامهم ، لتقرير ضمانات عينية خاصة ، إلا الاستعانة بالأدوات الاتفاقية التي تكفل المشرع بتنظيم أحكامها ، في الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي .

والمشرع إذ يحتكر تقرير حقوق الامتياز ، يستجيب في ذلك إلى اعتبارات تتصل بصفة تقوم في الدين الممتاز ، ويقدر على ضوئها أنه جدير بالأولوية في استيفائه .

٢١٤ - مفهوم الامتياز بين التخصيص والتعميم :

يرتد تنوع وعاء الامتياز إلى تنوع الاعتبارات التي تملئ على المشرع تقرير الصفة الممتازة للدين .

(١) أنظر نقص مدني ٥ مايو ١٩٥٥ منشور في مجموعة أحكام النقض السنة السادسة عدد ٣ ص ١١٠٩ . وقد أكرر هذا الحكم على الأفراد الحق في تقرير امتياز لم يرد عنه نص في القانون . وتتلخص وقائع الدعوى التي طعن في الحكم الصادر فيها بالنقض ، في أن شخصاً باع عقاراً للغير ، واشترط احتفاظه بجزء من العين المبيعة على سبيل الايجار ، وتم الاتفاق على اعتبار حق المستأجر (وهو البائع) في نفاذ الايجار حقاً ممتازاً ، مضموناً بالمغار المبيع .

فقد يكون الدين مرتبطا بشيء معين بالذات في ذمة المدين . وعندئذ تقتضى العدالة أن يرد الامتياز على هذا الشيء ، وأن يقتصر عليه دون غيره ، حماية لحقوق الدائنين الآخرين . من ذلك مثلا مصروفات حفظ المنقول وصيانتها ، أو ثمن بيع المنقول أو العقار ، فإن مثل هذه الديون ترتبط بأشياء معينة بالذات . هنا يتحدد وعاء الامتياز بالشيء الذى انفق عليه المصروفات أو الشيء المباع . ولا يمتد إلى غيره من الأموال حتى لا يضار الدائنون الآخرون للمدين .

وقد يستند الامتياز المقرر لصالح الدين على اعتبارات اجتماعية وإنسانية عامة تتوافر في شخص الدائن بالنسبة لديون معينة . ومن ذلك مثلا ديون الاجراء وأصحاب النفقات . وهنا لا يتصور تركيز الامتياز في شيء أو أشياء معينة بالذات ، بل إن طبيعة تقريره تقتضى شموله لأموال المدين كلها دون تفرقة بين عناصرها .

ولعل المثال الطريف الذى يجمع بين تخصيص الامتياز وتعميمه على النحو المتقدم هو امتياز الخزانة العامة . فهو تارة يتخصص في أموال معينة بالذات ، إذا كان دين الخزانة مستحقا بمناسبة هذه الأموال . ومثال ذلك امتياز ضريبة الاطيان أو العقارات المبنية الذى يتقرر على العقارات المستحق عليها الضريبة وملحقاتها ، وامتياز الرسوم الجمركية الذى يتقرر على البضائع المستحق عليها الرسوم .

وهو تارة أخرى يكون عاما ، كما هو الحال بالنسبة لامتياز ضريبة الايراد العام . فهى لم تستحق بمناسبة مال معين بالذات ، ومن ثم فهى تتمتع بامتياز على جميع أموال المدين . وهو اخيرا قد يتخصص في مجموعة معينة من أموال المدين العقارية والمنقولة ، ومثال ذلك امتياز رسم الاولوية على التركات ، الذى يتقرر على نصيب كل وارث في التركة في حدود ما هو مطلوب منه .

٢١٥ - امتياز أملاك حقوق الامتياز بحسب أنواعها :

ليس من اليسير أن نجمع في صعيد واحد الأحكام التي تخضع لها حقوق الامتياز ، فهي تختلف وتتعدد حسب نوع الدين الممتاز ، ووعاء الأفضلية الذي يستوفي منه هذا الدين . فلكل دين . اعتبار خاص لدى المشرع ، أفضى إلى تمكين الدائن به من استيفائه مقدماً على غيره من الدائنين . ولكل دين أيضاً وعاء أفضلية ينحصر فيه مباشرة حق الامتياز ، وقد انفرد القانون وحده بتحديدده . هذا الوعاء تارة يكون عاماً يشمل جميع أموال المدين ، وأخرى يتخصص فيرد على مجموعة معينة منها ، وهو في هذا الصدد قد يتناول مجموعة أموال منقولة أو عقارية . وأخيراً قد يتحدد هذا الوعاء بمنقول أو عقار معين بالذات .

هذا الاختلاف في صفة الدين الممتاز ، وذلك التعدد في وعاء الأفضلية الذي يرد عليه الامتياز ، يجعل من العسير محاولة وضع نظرية عامة جامعة تصدق على هذا النظام من نظم التأمينات العينية .

ولعله من الأوفق ، في بحث هذا التأمين القانوني ، أن نقنع ببيان بعض الأسس العامة ، ونرجىء الأحكام الخاصة لبحث كل امتياز على انفراد ، وهو المنهج الذي ارتضيناه لبحثنا ، مؤثرين الاعتبارات العملية التي تجعله مجدياً في التطبيق ، على الاعتبارات النظرية التي قد تفضي إلى تعقيد الحلول التي ينبغي الأخذ بها .

ويبدو لنا أن خير وسيلة لتقسيم حقوق الامتياز ، ووضع حد فاصل بينها ، هي النظر إلى وعاء الأفضلية الذي يستوفي منه الدين الممتاز . وهو ما تشير إليه المادة ١١٣٢ بقولها « ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول أو عقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين » .

يستفاد من هذا النص إمكان تقسيم الامتيازات إلى حقوق عامة ، وحقوق منقولة خاصة ، وحقوق عقارية خاصة .

حقوق الامتياز العامة : وهى التى ترد على أموال المدين جميعها ، فتخول الدائن بها استيفاء الدين مقدما على غيره من الدائنين . وقد أشرنا من قبل أن هذه الامتيازات لا يترتب عليها تقرير حق عينى تبعى ، ذلك أن معيار هذا الحق هو المحل الذى يرد عليه ، فيجب أن يكون شيئاً مادياً معيناً بالذات . أما هنا فمسئولية المدين تبقى شخصية غير : لمدة بمال معين ، ولا يظهر أثر الامتياز إلا عند التنفيذ . حيث تبرز صفة الدين الممتاز ، فتخول الدائن أن يفلت من قاعدة المساواة التى تحكم سعى الدائنين إلى أموال المدين . وهو يستطيع أن يستفيد من هذا الامتياز ، أياً ما كانت طبيعة المال محل التنفيذ ، فقد يكون عقاراً أو منقولاً ، بل وقد يكون ديناً مستحقاً للمدين لدى الغير ، ويجرى التنفيذ فى هذه الصورة عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير (١) .

(١) راجع جان ديروبي « طبيعة حق المستأجروالفرقة بين الحقوق العينية والشخصية » رسالة من تولوز ١٩٥٢ ص ٤٠٠ ، حيث يرى المؤلف أن طبيعة الامتياز تختلف حسب اختلاف المال الذى يرد عليه ، فاذا وقع التنفيذ على شيء مادي كنا بصدد حق عينى ، وإذا كان التنفيذ على مال معنوى كدين مستحق للمدين لدى الغير ، فهنا يكون الحق شخصياً . وفى هذا الشأن يقارب المؤلف بين حق الامتياز العام ، وحق أى دائن عادى فى الضمان العام عند التنفيذ على أموال المدين . وهو يتجه فى هذا السبيل إلى أن الضمان العام فى ذاته حق ذو طبيعة متغيرة ، فاذا ورد التنفيذ على شيء مادي مملوك للمدين كان حق الدائن على هذا المال عينياً (أنظر فقرة ٣٣٩ وما بعدها) . وفى تقديرنا أن هذا الاتجاه يفضى إلى الاسراف فى نطاق الحقوق العينية على نحو يجانب الصواب ، إذ لا يتبنى تحديد معياره فى الفترة اللاحقة على التنفيذ ، وإنما العبارة بالوقت الذى يكون المدين فيه حراً فى مباشرة كافة سلطات المالك على أمواله ، وفى هذه الفترة يتحدد نطاق الحق العيني . فاذا تقرر هذا الحق لدائن على شيء مادي معين بالذات ، يترتب عليه الانتقاص من سلطات المالك . فهو يخول الدائن أن يستوفى دينه من المقابل النقدي لهذا الشيء ، وبذلك يقصى مزاحمة الدائنين الآخرين . ويجوز له أن يتعقب هذا المال إذا تصرف فيه المدين إلى الغير ، لأن النير يتلقى ملكية محملة بحق الدائن ، الذى يحق له التنفيذ على الشيء ، تحت يد-

ولعل خير تكييف قانوني يمكن الأخذ به في الامتياز العام ، هو أنه وصف يلحق الدين ، فيخول للدائن الإفلات من قاعدة المساواة بين الدائنين . وفي هذا الصدد نتفق مع أصحاب الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية ، وذلك بالنسبة للامتيازات العامة فقط (١) .

ويبدو أن المشرع المصري قد استجاب إلى هذه الطبيعة الخاصة للامتيازات العامة فيما أورده من أحكام بشأنها . فقد نصت المادة ١١٣٤/٢ على أن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ، ولا يثبت فيها حق التبعية .

يستفاد من هذا النص أن حقوق الامتياز العامة لا تخول تتبع الأموال التي ترد عليها ، وبعبارة أخرى فالدائن المزود بحق امتياز عام لا يراقب المدين في تصرفاته القانونية التي تتصل بما يملك من منقولات أو عقارات ، ولو قيل بغير ذلك لاستطاع الدائن المزود بالامتياز العام ، أن يشمل النشاط القانوني لدينه ، وأن يرد عنه كل شخص يريد التعامل معه .

وقد نص المشرع بشأن الامتياز العام كما تقدم الذكر على أن « حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيه الشهر ولا يثبت فيها حق التبعية . ولا حاجة للشهر ايضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة . وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق في المرتبة على أى حق عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ،

= مالكة الجديد . بل والدائن أيضاً أن يترصد لمالك الشيء (سواء كان مدينه أو من تلقى ملكيته) يردده عن كل عمل يأتيه ، يكون من شأنه إضعاف الضمان الخاص الذي اكتسبه على هذا الشيء . (١) راجع ما تقدم فقرة ٢٧ وما بعدها - أنظر أيضاً مقال مكسيم شوفو « التقسيم الجديد للحقوق العينية والشخصية » المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٩٣١ ص ٥٩٤ - فقرة ٤٠٠ ، شفيق شحاته فقرة ١٤ . أنظر أيضاً رويينو المربع السابق ص ١٣١ ، بونكاز الملحق المطول بودرى فقرة ٧٣ .

فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة (م ١١٣٤ / ٢) .

يستفاد من النص المتقدم أن الامتياز العام لا يكفل للدائن حق تتبع أموال المدين . وهو حكم منطقي ، ذلك أن الامتياز العام كما تقدم البيان ، لا يزود الدائن بحق عيني على أموال المدين . وبعبارة أخرى إن حق الدائن لا يتعلق بمال معين بالذات . وإنما تظل مسئولية المدين شخصية غير محددة . وعلى هذا النحو لا يجوز تمكين الدائن من تعقب أموال المدين تحت يد الغير إذ أن خروج هذه الأموال من ذمة المدين يفضى إلى افلاتها من الامتياز العام المقرر للدائن . فالامتياز يستطيع الدائن مباشرته مادام المال مملوكا للمدين ، وهو ينقضى بالنسبة إلى هذا المال إذا انتقل إلى يد أخرى غير يد المدين .

ولئن كان الامتياز العام لا يكفل للدائن تتبع أموال المدين باعتبار أنه لا يزوده بحق عيني على هذه الأموال ، فإنه مع ذلك يجيز استيفاء حقه بالأفضلية من هذه الأموال ، مادامت في ذمة المدين . وهذا هو ما قصدناه في دراستنا المتقدمة بأن الامتياز العام هو مجرد أفضلية لدين معين تجيز استيفاءه قبل غيره من الديون . وهي أفضلية مقررة بنص القانون ، وتتحدد مرتبتها بنص القانون أيضا .

ولما كانت هذه الأفضلية وثيقة الصلة بالدين ذاته ، فهي تتقرر وتنفذ على الدائنين الآخرين ، حتى ولو لم يعلموا بوجود الدين الممتاز . بل وقد أطلق المشرع هذه المرتبة فأثرها على حقوق الدائنين المقيدة على العقار . ومن هنا كان نص الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ الذي يقرر بأن الامتيازات العامة تكون أسبق في المرتبة على أى حق امتياز عقارى خاص أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده .

ونخلاصة القول مما تقدم أن الامتياز العام وصف في الدين يكفل الاخلاص

بقاعدة المساواة بين الدائنين ، بل ويكفل التقدم على الدائنين اصحاب الحقوق المقيدة على العقار . ولكنه لا يجوز تتبع الأموال تحت يد الغير ، سواء كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات .

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول : وهي تشمل كل امتياز يتركز في منقول أو منقولات معينة بالذات . ويذهب الفقه التقليدي (١) إلى تقسيم هذه الامتيازات إلى عدة مجموعات ، وذلك على النحو الآتي :-

١ - فهناك حقوق امتياز تتأسس على فكرة الرهن الحيازي الضمني . وهي بهذه المثابة تكفل للدائن الذي يتمتع بها حيازة قانونية ، وتجز له أن يستند إلى كافة الأحكام الوضعية التي يرتبها المشرع على الحياة . ويدخل في حظيرة هذه الامتيازات امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق ، على النحو الذي سنبيته في دراسة الأحكام الخاصة بكل امتياز منها على انفراد .

٢ - وهناك حقوق امتياز تنقرر بناء على فكرة المحافظة على الشيء وصيانته . ذلك أن الدائن بالمصروفات التي تبقى الشيء من الهلاك أو التلف ، يعتبر صاحب فضل على جميع الدائنين في الإبقاء على الشيء ، وبالتالي في صيانة الضمان العام . ويدخل في نطاق هذه الامتيازات ، امتياز من ينفق على المنقول مصروفات حفظ وصيانة ، وامتياز ما يستحق مقابل الآلات الزراعية ، أو ما ينفق نظير أعمال الزراعة والحصاد ، كما سنبين في موضع بحث هذه الامتيازات .

٣ - وتتأسس بعض الامتيازات على أن الدائن المزود بالامتياز هو الذي أدخل الشيء محل الامتياز في ذمة المدين . وهو بهذه المثابة يستحق التقدم على سائر الدائنين في حدود القيمة الاقتصادية لهذا الشيء . وفي طليعة هذه الامتيازات الامتياز المقرر لبائع المنقول ضمانا لوفاء بالثمن ، أو الامتياز المقرر لمن يقدم

(١) أنظر بلانويول وريير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٣٩ وما بعدها - كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٥٠٨

للزراع قروضا للحصول على البذور والسماذ وغيرها من مواد التخصيب .

٤- وفيما عدا ما تقدم تنقرر احيانا حقوق امتياز خاصة على المنقولات وذلك بقوانين خاصة ، ولا اعتبارات متنوعة تستعصى على الحصر . من ذلك مثلا حقوق الامتياز البحرية على السفينة ، او امتياز الرسوم الجبركية على البضائع الواردة أو الصادرة .

ويلاحظ مما تقدم أن هذا التقسيم لا سند له من القانون . بل هو محاولة فقهية كانت لها الغلبة في فرنسا ، على ضوء اعتبارات تاريخية خاصة . وهي بهذه المثابة لا يجوز أن تتخذ اساسا للتفرقة بين مختلف المجموعات المتقدمة من حيث الأحكام الواجب الأخذ بها .

بل وإن المشرع في مصر لم يفصح عن رغبة واضحة في التمييز بين انواع حقوق الامتياز الواردة على المنقولات .

ولنأخذ على النقيض من ذلك وضع حكما موحدا في نص المادة ١١١٣ يصدق عليها كلها . ومنه يتأكد في نظرنا اتجاه التقنين إلى اعتبار الامتيازات المنقولة الخاصة حقوقا عينية تبعية (١) .

فقد نصت المادة ١١٣٣ في فقرتها الأولى على أنه « لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية » ونجرب بعض الشراح اعتمادا على حكم مماثل في القانون الفرنسي على القول بأن الامتيازات المنقولة تقتصر على تمكن صاحب الدين الممتاز من حق التقدم على الدائنين الآخرين . ولكنها تجرده من حق التتبع تحت يد الغير . وهي بذلك تفقد خصيصة أصلية من خصائص الحقوق العينية . ويخلص اصحاب هذا النظر إلى القول بأن الامتياز الواقع على المنقول لا يمنح صاحبه حقا عينيا (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى بيدان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٩١ وما بعدها وبصفة خاصة فقرة ٢٩٦ .

(٢) ادبرى و روج ٣ فقرة ٢٥٦ - كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٤٩٢ .

ويبدو لنا أن التحليل المتقدم لا يعتمد على التأصيل القانوني للحق العيني الوارد على المنقول ، بقدر ما يتأثر بالاعتبارات الواقعية التي تعطل مباشرة التتبع في كثير من الأحيان ، إعمالاً لقاعدة أن الحائز حسن النية بسبب صحيح يستطيع أن ينكر حقوق الغير على المنقول .

والواقع أن الامتياز الوارد على منقول يكفل للدائن حق التتبع من الوجهة القانونية والنظرية . والدائن يحق له التتبع ، مادام الحائز سيئ النية ، أو إذا انتقلت إليه حيازة المنقول خلسة أو اغتصاباً .

ولكن التتبع يتعطل ويمتنع على صاحب الدين الممتاز أن يباشر الامتياز تحت يد الغير ، إذا كان الغير حسن النية . وهذا هو ما قصده المادة ١١٣٣ بقولها لا يحتاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية . إذ يستفاد بمفهوم المخالفة من نص هذه المادة جواز التتبع إذا كان الحائز سيئ النية .

ويلاحظ أن نص هذه المادة يتضمن قصوراً في صياغته ، لأنه أغفل ذكر السبب الصحيح كشرط للاعتصام بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز . على أنه ينبغي في هذا الصدد الاعتداد في شروط الحيازة بالنص العام الذي ورد في المادة ٩٧٦ من التقنين المدني ، بل ونهتدى أيضاً بكافة الأحكام التي أخذ بها المشرع في حيازة المنقول ، وأثره في إسقاط التكاليف والقيود العينية المقررة عليه .

وفي هذا الشأن تنص المادة ٩٧٦ / ١ على أنه « إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره خالياً من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها » .

ويشترط لتطبيق الحكم المتقدم أن يتلقى الحائز ملكية المنقول ، وهو مجهول ما يرد عليه من قيد أو تكليف وقت انتقال الحيازة إليه . أما السبب الصحيح

فمعناه هنا أن يكون التصرف القانوني الصادر من مالك المنقول لم يتضمن الإشارة إلى ما يثقل المنقول من قيود وتكاليف عينية . من ذلك مثلا أن يبيع شخص منقولا اشتراه ولم يكن قد دفع ثمنه ، فلا يستطيع البائع الأصلي أن يحتج على المشتري الثاني بامتيازه ، إذا كان المشتري حسن النية وسنعي ببيان تطبيقات هذه القاعدة عند دراسة كل امتياز على انفراد .

وقد راعى المشرع ما يفرض إليه تطبيق هذه القاعدة من إضرار بالدائنين أصحاب الحقوق الممتازة ، فقرر في المادة ١١٣٣ / ٢ أنه إذا خشي الدائن لأسباب معقولة ، تبديد المنقول المثلث بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة . ويخضع تطبيق هذه الحماية لتقدير القاضي الذي ينفرد بفحص جدية الأسباب التي أثارت خشية الدائنين ، وعلى ضوء ما يراه يقرر الحراسة على المنقولات محل الامتياز .

أخيرا نشير إلى حكم هام ، ونرجى تفصيله إلى موضع دراسته ، وهو أن مؤجر العقار ، و صاحب الفندق ، يعتبر كل منهما حائزا حكما بنص القانون للمنفقات التي يرد عليها الامتياز (م ١٣٣٣ / ٢١) . هذه الحيازة الحكيمة ، التي اصطنعها القانون ، تهدف إلى تمكين مؤجر العقار أو صاحب الفندق من الاعتصام بحسن نيته لرد مطالبة كل من يدعى حقا على المنقولات التي تخضع للامتياز . وبعبارة أخرى يصدق على كل منهما نص المادة ١١٣٣ في فقرتها الأولى التي تقرر عدم الاحتجاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن النية .

بل ويمكن القول طبقا للرأي الراجح في الفقه والقضاء ، أن مؤجر العقار أو صاحب الفندق إذا توافر لدى أي منهما حسن النية والسبب الصحيح ، فهو يباشر حق امتيازه على المنقول متجاهلا كافة القيود والتكاليف العينية التي ترد عليه (م ٩٧٦ / ٢) .

مقوى الامتياز الواقعة على عقار: هذه الحقوق أشارت إليها المادة ١١٣٤ / ١ بقولها « تسري على حقوق الامتياز الواقعة على عقار ، أحكام الرهن الرسمي

بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيء وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو .

يظهر من نص هذه المادة أن حق الامتياز العقارى الخاص لا يختلف عن الرهن الرسمى إلا من حيث مصدره . فهو تأمين مقرر بنص القانون ، ولكنه يخضع لحكم التأمين العقارى الذى يكتسبه الدائن بالرهن الرسمى . على أن تمت أحكام خاصة تنفرد بها هذه الحقوق ، وتتصل بالتزام على الأفضلية ، سنعى بيانها فى دراسة كل امتياز على انفراد .

ويعنينا هنا فقط الإشارة إلى أن الدائن المزود بامتياز عقارى خاص يكتسب حقاً عينياً يخول له استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار ، ويجيز له تتبعه فى أى يد يكون .

٢١٦ - الامتياز يقرر على المقابل النقدى للمال المحمل به :

نصت المادة ١١٣٥ على أنه « يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه » .

يستفاد من هذا الحكم أن المشرع قد ربط حق الدائن بالمقابل النقدى للمال المحمل بالامتياز . فاذا هلك أو تلف واستحق عنه مبلغ تأمين أو تعويض عن المسئولية ، أو مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، فإن الدائن يباشر الأفضلية على هذا المقابل النقدى ، تطبيقاً لحكم الإحالة إلى نص المادة ١٠٤٩ فى باب الرهن الرسمى (١) .

وقد تأكد هذا الحكم بالنسبة لعوض التأمين فى المادة ٧٧٠ ، التى تنص فقرتها الأولى على أنه « إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلاً برهن حيازى أو رهن تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين » .

وبلاحظ أيضاً أن المادة ١١٣٥ أخضعت هلاك محل الامتياز إلى نص المادة

(١) راجع ما تقدم فقرة ٩٠ وما بعدها .

٤٨ : في باب الرهن الرسمي . فإذا كان الهلاك بخطأ المدين يكون الخيار للدائن بين استيفاء الدين أو المطالبة بتقديم تأمين آخر . وإذا وقع الهلاك بسبب أجنبي ، يترك للمدين الخيار بين التعجيل بوفاء الدين أو تقديم ضمان آخر (١)

وفي تقديرنا أن هذا الحكم لا يصدق على الامتياز العام . وذلك أن حق الدائن المزود بامتياز عام لا يتركز في مال معين بالذات ، بل ينصب فقط كما قدمنا على أولوية في استيفاء الدين عند التنفيذ وبهذه المثابة تظل مسئولية المدين أمام الدائن قبل التنفيذ ، مسئولية شخصية غير محددة .

٢١٧ - تحديد مرتبة الامتياز :

نصت المادة ١١٣١ على ما يأتي « ١ - مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتياز ، كان هذا الحق متأخرا في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب .

٢ - وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . » .

يستفاد من نص هذه المادة أن الضابط الوحيد لتحديد مرتبة الامتياز هو الرجوع إلى النصوص التشريعية . فهي وحدها التي تملك وضع الدين الممتاز في المرتبة التي تكفل استيفاءه من المقابل النقدي للأموال المحمل بها الامتياز ، قبل غيره من الديون .

والأصل في تحديد هذه المرتبة مراعاة صفة الدين الممتاز . والمشرع وحده هو الذي يحتكر تقدير هذه الصفة . فهو الذي يقرر متى يكون الدين ممتازا ، وهو الذي يضع الدائن صاحب الامتياز في المرتبة القانونية بين مختلف الدائنين أصحاب الحقوق المفضلة .

على ضوء ما تقدم عنيت المادة ١١٣١ بوضع الأسس العامة لتحديد مرتبة الامتياز . وفيما يلي نجمل القول فيها ، ونرجى التفصيل إلى الفصل المقبل المخصص لدراسة مختلف الامتيازات كل منها على انفراد : -

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٢٩،٧٠ .

١ - إذا لم يرد نص صريح يحدد مرتبة الحق الممتاز ، فهو يتأخر عن كل حقوق الامتياز التي جاءت في الباب الاخير المخصص لها في التقنين المدني .

وبهذه المثابة إذا أغفل المشرع تحديد مرتبة الامتياز الوارد في نص قانون خاص أو الامتياز المقرر في نص آخر في التقنين المدني غير الباب الأخير ، فهو يأتي في المؤخرة بعد حقوق الامتياز العامة ، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على المنقول والعقار .

* ويلاحظ في هذا الصدد أن تقرير الامتياز في القوانين الخاصة يقرن في الغالب من الأمر بتحديد مرتبته .

٢ - تخضع الامتيازات العقارية الخاصة لنظام الشهر عن طريق القيد (م ١١٣٤ / ١) ومن ثم تتحدد الأفضلية التي بين الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار حسب الأسبقية في القيد ، وقد يتحقق هذا التزاحم بين الدائنين المرتبين وأصحاب حقوق الاختصاص ، والامتيازات العقارية الخاصة . على أن هناك بعض استثناءات تخل بضابط الأسبقية في القيد ، وقد سبق لنا الإشارة إليها في دراسة التزاحم على الأفضلية في باب الرهن الرسمي . وسنعود إليها مرة أخرى في المبحث المخصص للامتيازات العقارية الخاصة :

٣ - يراعى بالنسبة لحقوق الامتياز المنقولة الخاصة أن المرتبة التي يحددها لها القانون قد لا تفيد صاحبها ، إذا اصطدم حقه بحائز للمنقول توافر لديه حسن النية والسبب الصحيح (م ١١٣٣) . وسنرى في دراستنا لمختلف هذه الحقوق أثر الحيازة على الاخلال بالترتيب القانوني لامتياز من أنفق مصروفات الحفظ والصيانة ، وامتياز مؤجر العقار ، وبائع المنقول .

٤ - حقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولو كان محالها عقارا (م ١١٣٤) . وهذا حكم طبيعي ، باعتبار أن الامتيازات العامة ، كما مضت الإشارة ، لا يتركز فيها حق الدائن على مال معين بالذات . وإنما تظل مسؤولية المدين شخصية غير محددة . ولا يظهر حق الأفضلية إلا عند التنفيذ على المال .

وقد أكد المشرع حق الأفضلية عند التنفيذ على العقار ، وآثر صاحب الامتياز العام ، رغم عدم خضوعه للشهر ، على الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار ، كالدائن المرتهن أو الدائن صاحب الامتياز العقاري الخاص .

ولانرى مبررا لإغفال تفضيل الامتياز العام على صاحب حق الاختصاص .
والغالب من الأمر أن المشرع عني بصور التأمينات العقارية الخاصة المألوفة وهي الرهن الرسمي والامتياز الخاص . ويبدو لنا وجوب تقديم الامتياز العام على حق الاختصاص ايضا لاتحاد العلة .

ولئن كان المشرع حريصا على تأكيد حق الأفضلية بالنسبة للامتيازات العامة ، فهو ينكر على أصحابها سلطة التتبع . فاذا انتقل مال المدين ، عقارا كان أو منقولا ، إلى يد الغير ، فلا يجوز عندئذ تعقب المال ومباشرة الامتياز تحت يد الغير . وهو ما سنبينه في الدراسة المخصصة للامتيازات العامة .

٤ - أخيرا حسمت الفقرة الثانية من المادة ١١٣١ نزاحم الديون الممتازة التي تحتل مرتبة واحدة . فقضت باستيفائها بنسبة قيمة كل منها ، ومن ذلك مثلا نزاحم مؤجر العقار مع صاحب الفندق على بعض المنقولات ، اذ يستوفي كل منهما دينه بنسبة مقداره إلى هذه المنقولات . وسنعرض لمراتب الامتياز المتساوية في دراستنا الخاصة بكل امتياز على انفراد .

٢١٨ - انقضاء الامتياز :

نصت المادة ١١٣٦ على أن « ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين مالم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك » .

راعى المشرع أن الامتياز يرد تارة على عقار وأخرى على منقول . ومن هنا أحال بشأن انقضائه إلى أحكام الرهن الرسمي تارة ، وإلى أحكام الرهن الحيازي تارة أخرى .

وتشترك حقوق الامتياز جميعها العامة منها والخاصة في أنها تنقضي تبعاً لانقضاء الدين الذي تضمن الوفاء به .

وتنفرد الامتيازات العقارية الخاصة بخضوعها لأسباب الانقضاء الأصلية التي يزول بها الرهن الرسمي . وتختص الامتيازات المنقولة الخاصة بجواز انقضائها وفقاً للأحكام التي يزول بها الرهن الحيازي . ونقنع في هذا الصدد بدراستنا السابقة لأسباب انقضاء الرهن الرسمي والحيازي .

ونلاحظ أخيراً أن الامتيازات العامة تأتي طبيعتها الخضوع إلى أسباب انقضاء أصلية، ذلك أن حق الدائن المزود بها لا يتركز في مال معين بالذات . بل تكون مسئولية المدين شخصية غير محددة . وعلى هذا النحو لا يتأثر حق الدائن بهلاك مال أو آخر ، مادام في وسعه الاشتراك في أى إجراء للتنفيذ . وهو يتمتع عندئذ بالأولوية في استيفاء دينه من المال محل التنفيذ .

الفصل الثاني

الاحكام الخاصة بكل امتياز

٢١٩- تحديد دراستنا بحقوق الامتياز الواردة في التقنين المدني
إشارة لأهم الامتيازات المقررة في قوانين خاصة :

نعالج في هذا الفصل الأحكام الخاصة بكل امتياز على انفراد . ونقصر نطاق بحثنا على حقوق الامتياز التي وردت في التقنين المدني .

وغني عن البيان أن هناك حقوق امتياز أخرى وردت في تقنينات أخرى أو في تشريعات خاصة . وهي التي أشارت إليها المادة ١١٣٧ بقولها أن « الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة » .

وفي هذا الشأن تتعدد وتفرق النصوص الخاصة المقررة للامتياز . والمكان الطبيعي لدراستها ، هو الموضوع الذي تقرر الامتياز بمناسبته .

ففي القانون التجاري مثلا تنص المادة ٨٥ على أن للوكيل بالعمولة حق امتياز على البضائع المرسلة أو المسلمة إليه أو المودعة عنده بمجرد الارسال أو الايداع أو التسليم . وله أيضا حق حبسها ويقدم على غيره في استيفاء المبالغ التي أقرضها أو دفعها سواء كان قبل ارسال البضائع أو استلامها أو في أثناء وجودها في حيازته . وتدخل في المبالغ الممتازة المستحقة للوكيل الفوائد والعمولة والمصاريف فضلا عن أصل الدين (١) .

(١) انظر في تفصيل هذا الامتياز على البارودي دروس في العقود التجارية ص ٦٣ وما بعدها

وفي القانون البحري نصت المادة الأولى وما بعدها من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥٥ الخاص بحقوق الامتياز والرهون البحرية ، على حقوق الامتياز التي ترد على السفينة (١) .

وفي نطاق قانون العمل تنص المادة ٨ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ على أن يكون للمبالغ المستحقة للعامل أو لمن يستحقون عنه بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . كما تنص المادة ١٠٥ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالتأمينات الاجتماعية على أنه « يكون للمبالغ المستحقة للمؤسسة (مؤسسة التأمينات الاجتماعية) بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار . وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية » . وواضح من نص هذه المادة أنها تقرر امتيازاً عاماً لضمان استيفاء المبالغ المستحقة لمؤسسة التأمينات الاجتماعية بموجب أحكام هذا القانون ، ومن ذلك مثلاً الاشتراكات الشهرية التي يؤديها صاحب العمل بواقع ٣٪ من أجور عماله . وهو امتياز يرد على جميع أموال المدين المنقولة والعقارية ، ويتأخر في المرتبة عن امتياز المصروفات القضائية ، ولكنه يتقدم على امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

وفي نطاق عقد التأمين بصفة عامة تنص المادة ٢٤ من القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٥٠ الخاص بالرقابة والإشراف على هيئات التأمين وتكوين الأموال على امتياز المبالغ المستحقة للمؤمن على حياتهم على أموال هيئات التأمين .

كذلك نصت المادة ٥٠ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن المحاماة أمام المحاكم ، على امتياز اتعاب المحامي على ما آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل . وهو امتياز يلي في المرتبة الأحوال المنصوص عليها في المادتين ١١٣٨ ، ١١٣٩ مدني

(١) انظر في دراسة هذه الامتيازات مصطفى كمال طه الموجز في القانون البحري الطبعة

وهي امتياز المصروفات القضائية والخزانة العامة . ولا يجوز أن يحس هذا الامتياز الحقوق العينية المسجلة قبل رفع الدعوى أو تقديم طلب التقدير .
وهناك أيضا امتيازات تقررت لصالح بنك التسليف الزراعى والتعاونى سنشير اليها فى دراستنا لامتياز مصروفات الزراعة .

ونلفت النظر كذلك بشأن الضرائب والرسوم الجمركية أن التشريعات الخاصة قد تناولت أحكام الامتيازات المقررة ضمانا للوفاء بها وسنعالجها فى بحثنا المخصص لامتياز الخزانة العامة .

ويلاحظ أن المشرع ، كما مضت الإشارة ، يقرر عادة المرتبة التى يتمتع بها الامتياز الوارد فى نص خاص . فاذا أغفل ذكر المرتبة ، فهنا يأتى هذا الامتياز فى المؤخرة بعد حقوق الامتياز العامة والخاصة التى وردت فى الباب الاخير من التقنين المدنى (م ١١٣١ / ١ مدنى) .

٢٢٠ - الامتياز على الدين :

تختلف حقوق الامتياز من حيث طبيعتها حسب المال الذى ترد عليه . ولعل أكثر هذه الحقوق تميزا بطابع خاص ، هى تلك التى ترد على الديون ومقتضاها أن يستوفى الحق الممتاز ، مفضلا عن غيره ، من دين يستحق للمدين فى ذمة الغير . مثال ذلك امتياز المقاول من الباطن والعمال على المبالغ المستحقة للمقاول الأصيل فى ذمة رب العمل .

وهنا تعرض المشكلة الدقيقة ، بشأن تمكين الدائن من الأداة القانونية التى بمقتضاها يستطيع أن يباشر حقه فى مواجهة مدين المدين . فتارة يسعى إليه بدعوى مباشرة يكفلها له القانون ، مما أدى ببعض الفقهاء إلى القول بأن الامتياز على الدين يختلط بالدعوى المباشرة . وتارة أخرى يتحقق هذا السعى بحجز مال المدين لدى الغير ، وعندئذ يباشر الدائن المزود بالامتياز الأفضلية التى قررها له القانون .

ونحن إذ نقنع بالإشارة إلى هذا النوع من الامتياز ، نرجى البحث فيه إلى

دراستنا لنظام الدعوى المباشرة فى الجزء الثانى من هذا الكتاب . ذلك أن الإحاطة بالامتياز على الدين ، تقتضى التقريب بينه وبين الدعوى المباشرة ، حتى يتيسر تحديد نطاق تطبيق كل منهما (١) .

٢٢١ - تقسيم :

على ضوء التحديد السابق لنطاق دراستنا ، نعالج فيما يلى أحكام الامتيازات الواردة فى التقنين المدنى ، وسنترسم فى دراستها الترتيب الذى جاءت به قدر المستطاع .

فقد آثرنا أن نميز بينها من حيث الوعاء الذى ترد عليه . فهناك امتياز يتسع وعاءه ليشمل جميع أموال المدين ، وهناك امتيازات تتركز فى منقول أو عقار معين بالذات . بل نجد بعض الامتيازات يتنوع وعاءها ، فهى تارة عامة شاملة لأموال المدين كلها ، وأخرى خاصة مستقرة على منقول أو عقار معين .

وعلى هذا النحو تنقسم دراستنا إلى المباحث الآتية : -

- ١ - المبحث الأول : فى الامتيازات ذات الوعاء المتغير .
- ٢ - المبحث الثانى : الامتيازات العامة .
- ٣ - المبحث الثالث : الامتيازات المنقولة الخاصة .
- ٤ - المبحث الرابع : الامتيازات العقارية الخاصة .

(١) انظر فى هذا الموضوع ديبراى « الامتياز على الديون والدعوى المباشرة » رسالة من باريس ١٩٢٨ - روينو « الامتيازات والاسباب الاخرى للافضلية على الديون » رسالة من بوردو ١٩٥٠ - انسكلوبيدى دالوز « الدعوى المباشرة » ج ١ ص ١١٢ وما بعدها

المبحث الاول

الامتيازات ذات الوعاء المتغير

٢٢٢ - المقصود بالوعاء المتغير :

نقصد بالوعاء المتغير أن الامتياز لا يتركز في أموال محددة بالذات بصفة دائمة . وإنما يتنوع الوعاء الذي يرد عليه الامتياز وفقاً لاختلاف الدين . فتارة يتسع ليشمل أموال المدين كلها ، وتارة أخرى يضيق ليقتصر على أموال معينة بالذات ، سواء كانت عقارات أو منقولات . ويدخل في نطاق هذا الطراز من الامتيازات ، امتياز المصروفات القضائية ، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

وسنخصص الفقرت التالية لدراسة كل امتياز منها . ونبدأ بامتياز المصروفات القضائية ، وهو الذي جاء في الطليعة بين الامتيازات التي يقررها التقنين المدني . ثم نعالج امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة . وسيتضح لنا من هذه الدراسة تنوع الوعاء الذي يضمن الوفاء بهذه الديون .

٢٢٣ - امتياز المصروفات القضائية :

نصت المادة ١١٣٨ على أن « المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال . وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم . وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في اجراءات التوزيع » .

على ضوء ما جاء في هذا النص ، نتناول بالبحث الديون الممتازة ، ومحل الامتياز ، والمرتبة التي يتمتع بها .

الديون الممتازة : المقصود بالديون الممتازة هي كل المبالغ التي تنفق في المطالبة القضائية ، أو في اتخاذ كافة الاجراءات اللازمة للمحافظة على أموال المدين ، أو التنفيذ عليها بقصد بيعها ، أو تصفيتها ، وتوزيع ثمنها بين الدائنين .

والعبرة في تحديد هذه الديون ، هو اتفاق المبالغ لتحقيق مصلحة جماعية للدائنين ، حتى ولو أخفق من أنفقتها في إدراك الهدف الذي يرمى إليه . أما ما ينفق لإدراك منفعة خاصة فيخرج من نطاق هذا الامتياز ، ومن ذلك مثلاً ما ينفقه الدائن في سبيل الحصول على حكم ضد المدين ، يلزمه بإداء المستحق في ذمته .

ويدخل في نطاق الديون الممتازة ، تطبيقاً للمعيار المتقدم ، وعلى سبيل المثال ، مصروفات الدعوى غير المباشرة ، ودعوى عدم نفاذ التصرفات ، باعتبار أن الثمرة الناتجة عنها تحقق النفع لجميع الدائنين . وكذلك المبالغ التي انفق في إجراء الحجز والتنفيذ على أموال المدين وتوزيع ثمنها ، ومصروفات وضع الاختتام على هذه الأموال وجردها ، والمبالغ المستحقة للسنديك أو الحارس القضائي .

ونشير في هذا الصدد ايضاً إلى ما جاء في ٨٨٠ من التقنين المدني . فهي تقضى بأن يتسلم المصنف أموال التركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة ، وله أن يطلب منها اجراء عادلاً على قيامه بمهمته . ونفقات التصفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز في مرتبة امتياز المصروفات القضائية .

أخيراً يلاحظ أن هذه المصروفات يجب أن تكون قضائية . بمعنى أن تنفق في مطالبة قضائية أو وفقاً للاجراءات التي يفرضها القانون للمحافظة على أموال المدين أو التنفيذ عليها وتوزيعها عن طريق عمال القضاء . وعلى هذا النحو

يخرج من نطاق الامتياز ، على الرأى الراجع ، نفقات التصفية الودية والقسمة الرضائية (١) ، وكذلك مصروفات حفظ المنقولات وترميمها التى تتمتع بامتياز خاص بها . اذ المقصود فى المصروفات القضائية هو الحفظ القانونى لأموال المدين . أما الحفظ المادى باجراء اصلاح لصيانة المنقول فيضمنه امتياز آخر سنعالجه فيما بعد .

يستفاد مما تقدم أن المصروفات الممتازة متعددة ، وقد ينفقها أحد الدائنين لصالح الآخرين ، وقد تستحق لحارس أو سنديك ، أو مصنى التركة (م ٨٨٠ / ٢) ، أو لخبير تعيينه المحكمة . ومن هنا يظهر أن إيثار المشرع لهذه المصروفات بامتياز يحتل المرتبة الأولى ، لا يقصد به رعاية مصالح الدائنين فقط ، بل يهدف أيضاً إلى ضمان حسن سير مرفق القضاء وما يتصل به من إجراءات ، وذلك بتأمين من يعاون أو يساهم فى اتخاذ هذه الإجراءات ، فى الحصول على ما يستحق له من مبالغ .

حل الامتياز : ليس لهذا الامتياز وعاء أفضلية يتحدد سلفاً ، بل يرد الامتياز على ثمن بيع أموال معينة للمدين . قد تكون عقارات ، أو منقولات ، أو مجموعة أموال تتضمن العقار والمنقول .

وأهم ما يراعى فى هذا الصدد أن الامتياز يرد على ثمن الأموال التى أنفقت المصروفات القضائية فى سبيل حفظها وبيعها . وإذا هلكت هذه الأموال واستحق عنها مقابل نقدى آخر ، يرد الامتياز على هذا المقابل النقدى تطبيقاً للحكم العام الذى يقرره المشرع فى م ١١٣٥ بأنه يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشئ أو تلفه ، وهو يحيل فى هذا الشأن إلى نص م ١٠٤٩ (٢)

(١) راجع بلانبول وريبير وبيكيه - ١٢ فقرة ٢١ - بييررينو انسكلوبيدى دالوز ج ٤

ص ٢٠٢ فقرة ١٤

(٢) أنظر ما تقدم فقرة ٢١٦

مرتبة الامتياز: تحتل المصروفات القضائية المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز جميعها. بل وتستوفي هذه المصروفات من ثمن العقار، إن كانت أنفقت عليه، ويتقدم الدائن بها على أى دائن آخر، حتى ولو اكتسب على العقار رهناً رسمياً، أو امتيازاً عقارياً خاصاً، وهو ما يستفاد صراحة من نص الفقرة الثانية في المادة ١١٣٨.

وتتقدم هذه المصروفات في استيفائها، على حقوق الدائنين الذين أنفقت لتحقيق مصلحتهم. وإذا وقع التزاحم في نطاق المصروفات الممتازة، تمنح الأفضلية لتلك التي 'صرفت في حفظ الأموال وبيعها'، ثم تأتي بعدها مصروفات التوزيع. وظاهر أن الحكم المتقدم روعى فيه، أنه لولا إنفاق المصروفات الأولى، لما تيسر للدائنين الحصول على الثمن وتوزيعه.

٢٢٤ - امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة :

نصت المادة ١١٣٩ على ما يأتي « المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين الصادرة في هذا الشأن.

وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أى حق آخر، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي عند المصروفات القضائية ».

وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ لهذا الامتياز أيضاً، فقررت أنه لا حاجة للشهر في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة. وهذه الحقوق الممتازة تكون أسبق في المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده.

على ضوء ما تقدم من نصوص نعالج فيما يلي الأحكام العامة لهذا الامتياز،

ونخصص فقرة لاحقة للأحكام الخاصة التي وردت في القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن .

حكم الامتياز ونطاقه : من المعلوم أن الضرائب والرسوم تعتبر عنصرا أساسيا في إيرادات الدولة . ولذا كان من الضروري أن يعنى المشرع بتقرير ضمانات فعالة لتحصيلها . ومن هنا جاء النص العام في التقنين المدنى الذى يضمن استيفاءها من ثمن الأموال المثقلة بها ، وترك للنصوص الخاصة تفصيل المبالغ الممتازة وتحديد وعاء الامتياز .

ويراعى من الحكمة المتقدمة أن الامتياز يتحدد نطاقه بالمبالغ التى تستحق للدولة أو لأى شخص من أشخاص القانون العام باعتباره سلطة عامة . أما ما يستحق للدولة في نشاطها الخاص ، فيخرج عن نطاق هذا الامتياز ، ويخضع للقواعد العامة في استيفاء الديون ، ما لم يرد نص خاص يكفل له الأفضلية .

ويلاحظ أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة تتمتع بالامتياز القانونى سواء استحققت عن السنة الجارية أو عن سنوات سابقة ، مادام حق الدولة في استيفائها لم يسقط وفقاً للأحكام المقررة بشأن تقادم الضرائب والرسوم .

وقد أراد المشرع أن يكفل لتحصيل المبالغ المتقدمة أوفر الضمانات ، فأجاز أن يتبع في استيفائها اجراءات الحجز الإدارى المبينة بالقانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ (المادة الأولى من القانون المذكور) .

وعاء الامتياز : يتنوع وعاء الامتياز وفقاً لما تقضى به القوانين الخاصة التى تضع الأحكام التفصيلية لامتياز الخزانة العامة . فقد يكون الامتياز عاما شاملا لجميع أموال المدين كما هو الحال بالنسبة لضريبة إيراد رؤوس الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية والضريبة العامة على الإيراد . وقد يتخصص الامتياز فيرد على عقارات معينة ، وذلك بالنسبة لضريبة الأطنان

والعقارات المبنية ، أو يرد على منقولات معينة وذلك مثلا بالنسبة للرسوم الجمركية المستحقة عن البضائع الصادرة والواردة ؛

ومن هنا يبدو لنا أن تعميم الامتياز أو تخصيصه ينعكس على أحكامه. وهو ماسنغى ببيانته فيما يلى ، مرجئين الحديث عن وعاء الامتياز للفقرة التالية المخصصة له .

مرتبة الامتياز وما يكفله من سلطات : السلطة الأصلية التى يكفلها امتياز الخزانة هى استيفاء المبالغ المستحقة بطريق الأفضلية التى يكفلها القانون ، من ثمن الأموال التى يرد عليها .

وقد رأى المشرع أن يضع هذا الامتياز فى المرتبة الثانية بعد المصروفات القضائية مباشرة . وهى مرتبة تفصح عن الرغبة فى كفالة أوفر الضمانات لتحصيل المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

بل وأراد المشرع أن يطلق هذه الأفضلية ، ففضى فى الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ بجواز استيفاء المبالغ المضمونة من ثمن الأموال المثقلة فى أية يد كانت . ويفيد هذا الحكم أن امتياز الخزانة العامة يكفل تتبع المال تحت يد الغير . ولعل الاحاطة به تقتضى ابداء الملاحظات الآتية ، ووجوب التفرقة بين الامتيازات العقارية والمنقولة الخاصة ، وبين الامتيازات العامة (١) .

١ - يلاحظ بشأن حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، أن المشرع قد أعفاها من الشهر ، فلم يخضعها لاجراء القيد فى الشهر العقارى حتى تنفذ فى حق الغير. ويجوز رغم الاعفاء من الشهر مباشرة الامتياز

(١) ذهبنا فى الطبعة الاولى لهذا الكتاب ص ٥٢١ الى أن الامتياز الوارد على منقول يتعطل اثره اعمالا لقاعدة ان الحيابة فى المنقول سند الحائز وقد رأينا بعد تفكير ان تفصل هذا الحكم ونعدل فيه على ضوء التفرقة التى نشير اليها فى المتن

بالمرتبة التي يكفلها القانون قبل أى حق مقيد على العقار . بل ويجوز أيضا تعقب العقار تحت يد الغير . وبعبارة أخرى نجد أن المشرع قد أعفى الامتياز من اجراء القيد ، ومع ذلك كفل له سلطة الأفضلية والتتبع ، وذلك كما هو الحال بالنسبة لامتياز ضريبة الاطيان ، وضريبة العقارات المبنية .

وتستفاد الأحكام المتقدمة من المادة ١١٣٤ / ٢ التي تقضى بأنه لا حاجة للشهر فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة تكون أسبق فى المرتبة على أى امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده . كما تتعزز هذه الأحكام ، وبشأن التتبع بصفة خاصة ، بالفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ التي تقضى باستيفاء المبالغ المستحقة من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى عدا المصروفات القضائية .

٢- وإذا ورد الامتياز على منقولات معينة ، فالأصل فيه أيضا أنه يكفل سلطة تتبع المنقولات تحت يد الغير لاستيفاء المبالغ المستحقة من ثمنها . ويستفاد هذا الحكم صراحة من الفقرة الثانية فى المادة ١١٣٩ التي تقرر سلطة تتبع الأموال المثقلة بالامتياز فى أية يد كانت ، وذلك دون تفرقة بين عقار أو منقول .

وعلى هذا النحو يتمتع على الشخص الاعتصام بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، لاتقاء الحجز على المنقول ، إذا كان مثقلا بامتياز خاص ضمانا للوفاء بديون مستحقة للخزانة العامة .

ويبدو لنا أن اطلاق سلطة التتبع على النحو المتقدم ينبغى أن يقتصر فقط على الامتيازات المنقولة الخاصة . أى يجب أن يتحدد وعاء الامتياز بمنقولات معينة ، لجواز تمكين الخزانة العامة من تتبع المنقولات تحت يد الغير ، وذلك كما هو الحال بالنسبة للرسوم الجمركية المستحقة عن البضائع الصادرة أو الواردة .

٣- اما إذا كان الامتياز عاما يشمل جميع اموال المدين . فهنا نرى إعمال حكم المادة ١١٣٤/٢ الذى يقضى بأن حقوق الامتياز العامة لا يثبت فيها حق التتبع .

وعلى هذا النحو لا يجوز تعقب أموال المدين تحت يد الغير ، إذا كانت المبالغ المستحقة للخزانة العامة لا يضمن الوفاء بها أموال معينة بالذات ، وإنما يتسع الضمان فيها ليشمل أموال المدين كلها . ذلك أن هذا الامتياز يقتصر فقط على كفالة الأفضلية للدائن عند التنفيذ .

وفى هذا الصدد لا نرى تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٣٩ التى تقرر حق التتبع . ذلك أن الصياغة التى أتت بها تفيد انصرافها إلى الامتياز الذى يتحدد وعاقبه بأموال معينة بالذات .

ولو أراد المشرع أن يطلق سلطة التتبع بالنسبة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة أيا ما كان وعاء الامتياز ، فيبدو لنا أن الصياغة المختارة عندئذ كانت تقتضى جواز استيفاء المبالغ المستحقة للخزانة العامة من أموال المدين كلها تحت يد الغير .

ويعزز هذا الرأى عندنا أن اطلاق سلطة التتبع ، وتمكين الخزانة العامة من تعقب كل أموال المدين تحت يد الغير ، يعوق فى الواقع تداول الأموال ، ويحد من ائتمان الأفراد. إذ يترتب عليه أن الشخص حينما يهتم بشراء أموال منقولة أو عقارية ، يجب عليه أن يستوثق من المركز المالى للبائع فى مواجهة الخزانة العامة . بينما لا تصدق هذه الحشية إذا كان الامتياز مقررأ على أموال معينة بالذات . فمن الميسور على المشتري أن يتحرى عن الضرائب المستحقة عن العقار أو المنقول المبيع .

تطبيقاً لما تقدم يمكن القول أن امتياز الخزانة العامة يتجرد من سلطة التتبع إذا كان وعاء الامتياز عاما يشمل أموال المدين كلها ، كما هو الحال بالنسبة

لضريبة الايراد العام ، التى لا يتحدد ضمان استيفائها بأموال معينة بالذات .
على أنه يجوز الطعن فى تصرفات المدين ، إذا قصد منها تهريب الأموال
تحت يد الغير ، بغية الافلات من الوفاء بدين الخزانة العامة . وذلك إعمالاً
للمبدأ الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر .

٢٢٥ - اشارة لاهم الاعطام الواردة فى القوانين الخاصة بالضرائب

نصت المادة ١١٣٩ على أن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة يكون
بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن .

وعلى هذا النحو يلزم الرجوع إلى هذه القوانين والأوامر لتحديد نطاق
الدين المضمون ووعاء الامتياز . وفيما يلي نشير إلى أهم تشريعات الضرائب
التي ورد فيها النص على امتياز الخزانة العامة (١) .

١ - ضريبة الأطينان : نصت المادة ١٦ من القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩
على أن للخزانة العامة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق امتياز على الأرض
المستحقة عليها الضريبة وكذلك على ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات
والمواشى التابعة لها .

وفى حالة عدم دفع الضريبة فى المواعيد المقررة تجبى الضريبة بطريق الحجز
الإدارى على الثمار والمحصولات والآلات والمواشى ، وإذا لم تكف أثمانها
فعلى العقار نفسه ، وذلك طبقاً لأحكام القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ فى
شأن الحجز الإدارى .

٢ - الضريبة على العقارات المبنية : وينظمها القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤

(١) راجع فى هذا الشأن خاصة محمود رياض عطية موجز فى المالية العامة وتشريع الضرائب

(معدل بالقانون رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٥٥) . وقد نصت المادة ٢٧ من القانون المذكور على أن للحكومة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق الامتياز على الايجار والايراد والمنقولات الخاصة بالعقارات المبنية والأراضي الفضاء المستغلة المستحقة عليها الضريبة وعلى المباني والأراضي المقام عليها أو الماحقة بها سواء كانت هذه الأراضي ملكاً لأصحاب المبنى أو لغيرهم .

ويثور التساؤل بشأن المنقولات الخاصة بالعقارات المبنية وهل يدخل فيها المنقولات المملوكة للمستأجر . ويبدو لنا أن هذه العبارة يجب أن تنصرف فقط إلى العقارات بالتخصيص ، وهي المنقولات المملوكة لصاحب العقار التي يرصدها لخدمة العقار أو استغلاله .

على أن مستأجر العقار يسأل بالتضامن مع المالك عن أداء الضريبة والغرامات وذلك في حدود الأجرة المستحقة في ذمته . ويكون في هذا الصدد اخطار المستأجر بخطاب موعى عليه بعام الوصول .

ولا ينفذ التعجيل بالأجرة في حق الخزانة العامة ، إلا في حدود أجرة ثلاثة أشهر وبشرط أن تكون المخالصة بالأجرة المعجلة ثابتة التاريخ قبل موعد استحقاق الضريبة .

اخيراً يلاحظ من الأحكام المتقدمة أن مالك الأراضي مسئول مع مالك البناء في أداء الضريبة ، إذا كانت الأرض والمبنى ملكاً لشخصين مختلفين (١) .

٣ - ضريبة الايرادات المنقولة : تضمن الكتاب الرابع من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أحكاماً عامة لجميع الضرائب المقررة فيه (٢) وقد جاء في المادة ٩٠ (معدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠) أن الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة بمقتضى قوانين الضرائب تعتبر ديناً ممتازاً على جميع أموال المدين بها أو الملتزمين بتوريدها للخزانة العامة .

(١) راجع في تفصيل هذه الأحكام محمود رياض عطيه المرجع السابق فقرة ٥٢ وما بعدها

(٢) المقصود بهذه الضرائب هو ضريبة ايرادات رؤوس الاموال المنقولة ، والضريبة على الارباح التجارية والصناعية ، وضريبة كسب العمل .

ويلاحظ من هذا النص أنه يقرر امتيازاً عاماً لا يتخصص بأموال معينة بالذات . وإنما ينصرف إلى كل أموال المدين : وهو بهذه المثابة يخضع لأحكام الامتيازات العامة التي عالجناها في الفقرة السابقة .

٤ - الضريبة العامة على الأيراد : فرضت هذه الضريبة بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ وتقضى المادة ٢٤ منه بأن تسرى في شأنها أحكام الامتياز المقرر في المادة ٩٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٣٩ .

ويعتبر امتياز ضريبة الأيراد من الامتيازات العامة أيضاً التي لا ترد على مال معين بالذات ، وإنما يتسع وعاقبة لجميع أموال المدين .

٥ - رسم الأيلولة على التركات والضريبة المقررة عليها : نصت المادة ٤٣ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ على أن للحكومة لتحصيل رسم الأيلولة حق امتياز على نصيب كل وارث بقدر المطلوب منه وحق تتبعه تحت يد الغير .

وظاهر من هذا الحكم أن المشرع قد خصص امتياز الخزانة العامة بنصيب الوارث في التركة . وهو بهذه المثابة امتياز خاص يكفل الأفضلية في استيفاء الدين ، ويجوز تتبع الأموال تحت يد الغير .

وقد صدر المرسوم بقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن ضريبة التركات واكتفت نصوده القليلة بتحديد سعر الضريبة ، والإحالة فيما عدا ذلك من أحكام على قانون رسم الأيلولة . وإعمالاً لهذه الإحالة يمكن القول أن للخزانة العامة في سبيل استيفاء الضريبة حق امتياز على أموال التركة ، وأن لها تتبع هذه الأموال تحت يد الغير .

٦ - الرسوم الجمركية : يحكم امتياز الرسوم الجمركية اللائحة الصادرة بالأمر العالي في ١٢ أبريل سنة ١٨٨٤ ، والمعدلة بقانون ٥٠٧ لسنة ١٩٥٥ . ويستفاد من نص المادة الثامنة في هذه اللائحة أن للجمارك حق الامتياز على

البضائع الموجودة بالجمرك ، حتى ولو كانت برسم الترانسيت (المرور) وسواء كانت برسم الوارد أو الصادر . فالبضائع تضمن لمصلحة الجمارك على سبيل الامتياز استيفاء الرسوم الجمركية والعوائد ، وجميع أنواع المصروفات والغرامات ، وبعبارة مجملة كل ما يستحق للجمارك عن البضائع ويعتبر هذا الامتياز من الامتيازات الخاصة ، التي ترد على منقولات معينة بالذات . وهو بهذه المثابة يخضع للأحكام السابق تفصيلها بشأن التتبع .

٧- رسوم الدمغة : تنص المادة ٢٥ من القانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم الدمغة على أن « تحصل الرسوم والغرامات والتعويضات والتهديدات المالية المفروضة بمقتضى هذا القانون بطريق الحجز الإداري . ويكون للحكومة حق امتياز على جميع ممتلكات الأشخاص المدينين بها والمسؤولين عنها والملازمين بحكم القانون بتوريدها للخزانة . وواضح من هذا النص أنه يقرر امتيازاً عاماً على أموال المدين .

٨- ضريبة الملاهي : قضت المادة ١٥ من القانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٥١ بفرض ضريبة على المسارح وغيرها من محال الفرجة والملاهي ، بأن يكون للحكومة من أجل تحصيل الضريبة والزيادة المنصوص عليها في هذا القانون حق امتياز على ايراد الحفلة المستحقة عليها الضريبة وعلى المنقولات المستعملة في الحفلة ، وكذلك على جميع أموال من يستحق عليه الضريبة والزيادة .

هذه بعض اشارات لأهم القوانين التي تقرر امتياز الخزانة بشأن الضرائب والرسوم . ونكتفي منها بهذا القدر ، لأن طابع دراستنا العام لا يتسع لها . فالمرجع الأصيل فيها يكون في كتب تشريعات الضرائب والمالية العامة .

المبحث الثاني

الامتيازات العامة

٢٢٦ - طبيعة الامتياز العام - امالة :

فرغنا في دراسة سابقة من تحديد طبيعة الامتياز العام (١) . وقد ارتضينا التصوير الذي يرى فيه مجرد وصف يلحق الالتزام ، فيعدل الأثر العادى له وهو الخضوع لقاعدة المساواة في استيفائه من أموال المدين ، ليصبح ممتازا يكفل الأفضلية والتقدم على سائر الديون .

وهو في عمومته يرد على جميع أموال المدين فلا يتركز في مال معين بالذات . ومن هنا تظل مسؤولية المدين شخصية غير محددة ، ولا يظهر أثر الامتياز إلا عند التنفيذ .

ومن أجل هذا قضى المشرع في المادة ١١٣٤/٢ بأن حقوق الامتياز العامة لا تخول تتبع المال تحت يد الغير . والدائن المزود بامتياز عام يستوى في هذا الصدد مع الدائن العادى ، لأن المدين ازاء كل منهما لا تنصب مسؤوليته على مال معين بالذات .

٢٢٧ - أساس تقرير الامتياز العام :

لما كان الامتياز العام يكفل للدين التقدم في الاستيفاء على غيره من الديون على جميع أموال المدين ، فهو بهذه المثابة يخل بالضمان العام للدائنين ، وبالتالي يضعف ائتمان المدين .

ومن أجل هذا لا يجوز من الوجهة التشريعية الاسراف في تقرير امتياز

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢١٠ ، ص ٥٦٧ هامش ١ ، وبصفة خاصة ص ٥٧٤ .

عام للديون . إذ يترتب على ذلك احجام الدائنين عن التعامل مع المدين :
خشية عدم الحصول على حقوقهم ، إذا ما تكاثرت الديون الممتازة وتقدمت
على غيرها .

وقد حرص المشرع على صيانة ائتمان المدين ، فأجاز الامتيازات العامة
في حدود ضيقة ، سواء من حيث الديون الممتازة ، أو من حيث قيمة هذه
الديون (١) .

وتنوع الاعتبارات التي من أجلها تقر الامتيازات العامة . فتارة يتقرر
الامتياز مراعاة لحق الدائن ، وذلك كما هو الحال بالنسبة لامتياز الاجراء
وأصحاب النفقات ، وذلك على أساس أن المبالغ المستحقة تعتبر المورد الرئيسي
لهم في سد حاجات الحياة . وتارة أخرى يتقرر الامتياز مراعاة لالتزام المدين
ولتمكينه من الحصول على ائتمان ، وذلك كما هو الحال بالنسبة لامتياز المبالغ
المستحقة عما تورده من مأكل وملبس ، وذلك على أساس أن هذه المواد
تعتبر أساسية في تمكين المدين من مواجهة اعباء الحياة (٢) .

وأخيراً قد يتقرر الامتياز العام مراعاة للصالح العام ، ويكون ذلك في امتياز
الخزانة العامة ، إذا ورد على جميع أموال المدين ، كما هو الحال في امتياز
ضريبة الايراد العام وايراد رؤوس الأموال المنقولة . وفي هذا الصدد نحيل
إلى دراستنا السابقة لامتياز الخزانة العامة .

٢٢٨ - النص القانوني (٣)

على ضوء ماتقدم نص التقنين المدني في المادة ١١٤١ على ما يأتي « يكون

(١) فريچافيل « محاضرات في القانون المدني للسنة الثانية » باريس سنة ١٩٥٤ ص ١٠٥٦ .

(٢) انظر بيدان وفواران ج ١٣ فقرة ٤٠٨ .

(٣) يتقرر الامتياز العام أحياناً بنصوص خاصة ، وذلك كامتياز نفقات تجهيز الميت طبقاً
لنص المادة ٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث ، فهي تقر امتيازاً عاماً لنفقات =

للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار .

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع عن الستة الأشهر الأخيرة .

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة .

(ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة .

وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها .

وفيما يلي نعالج وعاء الامتياز العام ، ومرتبه ، واخيراً نتناول بالبحث الحقوق الممتازة التي وردت في النظم المتقدم .

٢٢٩ - وعاء الامتياز العام :

يتحدد وعاء الامتياز بجميع أموال المدين من منقول وعقار إلا ما كان منها لا يجوز الحجز عليه . ولا يظهر حق الدائن إلا عند التنفيذ على المال ، ذلك أن

تجهيز الميث على كل أموال التركة ، وهو يسبق أى حق آخر عليها ولو كان مضموناً برهن أو امتياز .

وفي نطاق قانون العمل نصت المادة ٨ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ على أن يكون للمبالغ المستحقة للعامل أو لمن يستحقون عنه بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار وتستوفي مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم .

وكذلك نصت المادة ١٠٥ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ بشأن التأمينات الاجتماعية ، على أن يكون للمبالغ المستحقة لمؤسسة التأمينات الاجتماعية بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، وتستوفي مباشرة بعد المصروفات القضائية .

الامتياز العام ، كما مضت الإشارة . لا يكفل للدائن تتبع المال تحت يد الغير وإنما يقتصر على تزويده بأفضلية في استيفاء حقه من ثمن المال محل التنفيذ .

ولما كان الامتياز عاما شاملا لجميع أموال المدين . فهو يرد أيضا على الديون المستحقة للمدين لدى الغير ، بوصفها عنصرا من عناصر الضمان الذي يجوز لأي دائن أن ينفذ عليها . وهو من هذه الناحية يخضع لحكم الامتياز على الدين .

والوسيلة القانونية التي يسعى بها الدائن صاحب الامتياز العام إلى مدين المدين ، هي حجز ماله للمدين لدى الغير . وبهذه المثابة يستطيع عند التوزيع بموجب امتياز العام ، أن يتقدم على غيره من الدائنين الحاجزين .

٢٣٠ - مرتبة الامتياز العام :

وضع المشرع الامتياز العام في مرتبة متأخرة عن امتياز المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ومصروفات حفظ المنقول وترميمه .

والعلة واضحة في تأخير الامتياز العام عن الامتيازات المتقدمة . فالمصروفات القضائية روعي أنها انفقّت في سبيل المحافظة على أموال المدين أو لتحقيق مصلحة جماعية للدائنين . والمبالغ المستحقة للخزانة يجب تأكيد الضمانات في سبيل تحصيلها مراعاة للصالح العام . والمصروفات التي انفقّت لحفظ المنقولات وترميمها ، هي السبب في بقاء هذه المنقولات . ولولا اتفاق هذه المصروفات لما كان في وسع أي دائن أن يستفيد منها للحصول على حقه ، لأنها كانت تالفة أو بسبيل الهلاك .

أما إذا تراحت الحقوق الممتازة امتيازاً عاماً فيما بينها ، فتستوفي بنسبة كل منها من المال محل التنفيذ . وفي هذا الصدد نلمس نظرة المشرع المتماثلة لهذه الحقوق ، وذلك بوضعها على قدم المساواة فيما بينها .

ويلاحظ أن الدائن المزود بامتياز عام ، إذا اشترك في توزيع ثمن بيع العقار بالمزاد ، فهو يتقدم على الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية المقيدة ، كدائن مرتين أو صاحب امتياز عقارى خاص . وهو يحتل هذا المركز المفضل ، دون أن يخضع لوجوب شهر حقه بطريق القيد . وذلك أن المشرع نص صراحة على أن حقوق الامتياز العامة تعفى من الشهر (م ١١٣٤ / ٢) .

ولكن يراعى من ناحية أخرى أن الدائن لا يحق له تعقب العقار تحت يد الغير ، إذا تصرف فيه المدين . وذلك أن المشرع نص أيضا صراحة في المادة ١١٣٤ على أن الامتياز العام لا يكفل للدائن تتبع أموال المدين .

٢٣١ - امتياز الاجراء :

المفروض فيمن يعمل لدى الغير أنه ليس لديه فسحة من الوقت ولا قدرة في المسائل للتحري عن يسار صاحب العمل . والمفروض أيضا أن الأجر هو المصدر الأصيل الذى يعتمد عليه من يتلقاه لمواجهة اعباء الحياة .

ومن أجل هذا كله قضت المادة ١١٤١ بتقرير امتياز عام على جميع أموال المدين من منقول أو عقار ، للمبالغ المستحقة للمخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة أشهر الأخيرة .

نطاق الامتياز من حيث الأشخاص : نص المشرع صراحة على استفادة اشخاص معينين من هذا الامتياز بصفة خاصة وهم الخدم والكتبة والعمال . ثم استخدم معيارا عاما يجعل الامتياز قابلا للتطبيق على كل أجير .

وينبغى تفهم هذا المعيار على ضوء الحكمة من تقرير الامتياز . فهو شرع لاعتبارات اجتماعية وإنسانية ، لحماية الطبقة الغالبة في المجتمع ، وهى طبقة الاجراء الذين يعيشون على تقديم خدماتهم للغير مقابل أجر يتلقونه .

وظاهر أن من يتنمى إلى هذه الطبقة لا يحتمل التراخي في استيفاء حقه في

الأجر ، ولا يقوى على الخضوع للمساواة بين الدائنين ، والتعرض عند اعسار المدين لعدم الحصول إلا على جزء من أجره .

بهذه المثابة ينطبق هذا الامتياز على كل من يؤجر خدماته لغير بصرف النظر عن نوع العمل أو طبيعته (١) .

ويستوى في ذلك أن يؤجر الشخص خدماته في المنزل أو خارجه ، وسواء كانت بشأن أعمال زراعية أو تجارية أو صناعية ، في الريف أو في المدن .

على هذا النحو يثبت الامتياز للمخادم والطاهى وحارس المنزل وقائد السيارة (٢) والأمين الخاص والقائم على تربية الاطفال ، والعامل الزراعى والحفير والمشرف على شؤون الزراعة والكاتب والعمال بوجه عام .

ولا يشترط في توافر الامتياز أن يحتكر رب العمل خدمات الأجير . بل يجوز أن يوزع الأخير خدماته على أكثر من شخص واحد . ومع ذلك يثبت له الامتياز في مواجهة الجميع ، مادام المستحق في ذمتهم هو دين الأجرة .

ولئن كانت طبيعة العمل أو نوعه لا تلعب دورا في تحديد نطاق الامتياز من حيث الأشخاص ، فإننا مع ذلك نرى مراعاة الحكمة من تقرير الامتياز في هذا التحديد ، وهى الاعتبار الاجتماعية والانسانية التى أملت توفير أقوى الضمانات لتحصيل أجور الطبقة العاملة .

ومن هنا لا يفيد من هذا الامتياز ، في تقديرنا ، الوكيل بالنسبة لما يستحق

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٤١ - بيدان وفواران ج ١٣ فقرة ٤٢١ ، وفيه وردت الإشارة إلى أن العبارة بمن يؤجر خدماته بصفة مستمرة . وبذلك يخرج عن نطاق الامتياز عمال المياومة ، وهؤلاء يتقاضون ، أجرهم عادة يوما بيوم . ويلاحظ أن عموم النص في القانون المصرى لا يشمل هذه التفرقة ، ويجعل الامتياز قابلا للتطبيق على كل عامل بأجر .

(٢) شرع هذا الامتياز أصلا في القانون الفردى لصالح خدام المنازل ثم اتسع نطاقه فيما بعد . انظر بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق فقرة ٤٠ . راجع أيضا محمد على امام ص ٥٩٥ .

له من أجر . (١) فالوكيل لا تربطه بالموكل رابطة سيطرة أو تبعية ، كتلك التي تتمثل في عقد العمل . وفضلا عن ذلك فالأصل في الوكالة أنها تبرعية . ولم يتفق على غير ذلك صراحة أو استفاد ضمنا من حالة الوكيل (م ٧٠٩) . وقد انفرد القانون التجاري بتقرير امتياز لصالح الوكيل بالعمولة (م ٧٦) باعتبار أنه يحترف هذا العمل ويرتزق منه .

ولا يتمتع بهذا الامتياز أيضا المقاول بالنسبة لما يستحق له في ذمة صاحب العمل . فهو لا يؤجر خدماته للغير على سبيل السيطرة والتبعية . بل هو يؤدي للمدين عملا يقدر تقديرا اجماليا (٢) .

نخلص مما تقدم أن معنى الاجير في نطاق هذا الامتياز ، ينبغي أن يتحدد على ضوء الحكمة من تقرير الامتياز . وبذلك يقتصر مدلوله على الشخص الذي يؤجر خدماته ، للغير ، وتربطه به رابطة تبعية بموجب عقد العمل .

المرجع المختار: يقتصر الامتياز على الأجر أو المرتب المستحق عن العمل . أي مقابل الخدمات التي يؤديها الأجير . ولا يهم في ذلك أن يكون الأجير كبيرا أو ضئيلا ، مادام مستحقا مقابل العمل . ولا يهم أيضا طبيعة الأجر ، فقد يكون مقابلا عينيا أو نقديا ، ولا طريقة ادائه فقد تكون الوحدة الزمنية لاستحقاقه السنة أو الشهر أو الاسبوع أو اليوم أو الساعة ، بل وربما يكون حساب تقديره مؤسسا على إنجاز وحدات أو اجزاء معينة من العمل .

والعبرة في كل ما تقدم هي أن يكون المستحق لصالح الأجير — مقابلا للعمل الذي يؤديه . وبهذه المثابة يلحق بالأجر أيضا علاوة الغلاء واعباء العائلة

(١) قارن عكس ذلك محمود جمال الدين زكي ص ٦٠٠ ، وانظر في المعنى الذي نؤيده . بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق ص ٤٤ ، وفيه يقرر المؤلف أن مدير الشركة لا يستفيد من هذا الامتياز باعتبار أنه الوكيل القانوني عن الشركة ولا تربطه بها رابطة تبعية . قارن محمد علي امام ص ٥٩٥ .

(٢) في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه الإشارة السابقة — سليمان مرقس ص ٥٠٣ — عكس ذلك محمود جمال الدين زكي الإشارة السابقة .

والامتيازات العينية التي يعول العامل عليها بجوار الأجر النقدي . وبصفة عامة كل ما يتلقاه الأجير بوصفه جزءا من الأجر لا على سبيل التبرع أو الهبة .

ويجوز في بعض الأعمال كأعمال الفنادق والمطاعم والمقاهي والمشارب ألا يتقاضى العامل أجرا مباشرا . وإنما يقتصر مقابل العمل على ما يحصل عليه من هبة أو ما يتناوله من طعام . وعندئذ يدخل هذا المقابل في نطاق الدين الممتاز ، وفقاً للضوابط التي يحددها عقد العمل .

ولا يضمن الامتياز كل استحقاقات الأجير ، وإنما يتحدد فقط بأجر الستة الأشهر الأخيرة . وهي الستة الأشهر التي تسبق التنفيذ على أموال المدين ، أو الستة الأشهر التي تسبق إفلاسه أو اعساره ، أو وفاته .

أما ما يستحق له عن مدة سابقة فيعتبر من قبيل الديون العادية بشرط عدم سقوط الحق في المطالبة بها بالتقادم . ويسقط هذا الحق بمضي سنة على تاريخ استحقاقها إذا حلف المدين بها أمام القاضي أنه قد أداها (م ٣٧٨) .

وقد أراد المشرع بهذا التحديد الزمني لنطاق الديون الممتازة ألا يعطل ائتمان المدين أو يعوقه . ذلك أن إطلاق الامتياز على كل الأجور المتأخرة ، قد ينضى إلى تراكم ديون ممتازة كبيرة القدر ، بحيث لا يبقى للدائنين الآخرين شيئا من أموال المدين .

ويلاحظ أخيرا أن هذا الامتياز ، إذ يضمن استيفاء الأجور والرواتب على النحو المتقدم ، فهو لا يشمل ما يستحق للاجير في ذمة رب العمل فيما عدا ذلك . وعلى هذا النحو لا تدخل التعويضات في نطاق الديون الممتازة ، أو المبالغ التي يكون قد دفعها لحساب رب العمل . وفي هذا الشأن يبدو قصور الإمتياز المقرر في القانون المدني ، وتخلفه عن مواجهة الاتجاهات الحديثة في قانون العمل .

الامتياز المقرر في قانونه العمل^(١) منذ أن خضعت علاقات العمل لتشريعات حديثة ، ترسم اتجاهات اشتراكية ، وتوفر ضمانات اجتماعية ، يمكن القول بأن الامتياز المقرر في القانون المدني ، صار غير كاف لتحقيق هذه الأهداف .

ومن أجل هذا نصت المادة الثامنة من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بشأن العمل على أن « يكون للمبالغ المستحقة للعامل أو لمن يستحقون عنه بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار . وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم » .

يتضح من هذا النص أن الامتياز المقرر فيه يتفق مع امتياز القانون المدني من حيث طبيعته ومرتبته . فهو امتياز عام يشمل جميع أموال المدين . ويتأخر في الترتيب ، فيحتل المرتبة الرابعة بعد المصروفات القضائية ، وما يستحق للخزانة العامة ، وما ينفق في حفظ المنقول وترميمه .

ويضيق هذا الامتياز عن الامتياز المقرر في القانون المدني من حيث الأجراء الذين ينطبق عليهم . ويتسع من حيث الديون الممتازة ليشمل مبالغ أخرى غير الأجور .

فنطاق الامتياز المقرر في قانون العمل من حيث الأشخاص ، يتحدد بالعامل ، ذكرا كان أو انثى ، الذى يعمل لقاء أجر مهما كان نوعه في خدمة صاحب عمل وتحت سلطته أو إشرافه . ولكنه لا يسرى على خدام المنازل ومن في حكمهم ، ذلك أن هؤلاء لا يخضعون لأحكام قانون العمل إلا فيما يرد به نص خاص .

(١) انظر في شأن الامتياز المقرر في قانون التأمينات الاجتماعية ما تقدم فقرة ٢١٩ ص ٥٨٧ .

٦١ ويتسع الامتياز المقرر في قانون العمل من حيث الديون الممتازة ، ليضمن الوفاء فضلا عن الأجور ، بكل المبالغ المستحقة للعامل أو لمن يستحقون عنه بموجب أحكام القانون المذكور . وبهذه المثابة يدخل في نطاق الامتياز مكافأة الخدمة ، والتعويض المستحق عن الفسخ ، ومكافأة العامل عند وفاته التي توزع على من يستحقون عنه .

وقد عني المشرع في هذا القانون بتحديد مدلول الأجور ومضمونه . فقضى في المادة الثالثة بأنه يقصد بالأجر في تطبيق أحكام هذا القانون كل ما يعطى للعامل لقاء عمله مهما كان نوعه مضافا اليه جميع العلاوات أيا كان نوعها وعلى الأخص ما يأتي : -

١ - العمولة التي تعطى للطوافين والمندوبين الجوايين والممثلين التجاريين

٢ - الامتيازات العينية وكذلك العلاوات التي تصرف لهم بسبب غلاء المعيشة واعباء العائلة .

٣ - كل منحة تعطى للعامل علاوة على الأجر وما يصرف له جزاء امانته أو كفاءته وماشابه ذلك إذا كانت هذه المبالغ مقررة في عقود العمل الفردية أو المشتركة أو الأنظمة الأساسية للعمال أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الأجر لا تبرعا .

ولا يلحق بالأجر ما يعطى على سبيل الوهبة إلا إذا جرى العرف بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بضبطها .

ويجوز في بعض الأعمال كأعمال الفنادق والمطاعم والمقاهي والمشارب ألا يكون للعامل سوى ما يحصل عليه من وهبة وما يتناوله من طعام على أن يحدد عقد العمل قواعد ضبطها .

ونشير أخيراً بشأن الامتياز المقرر في قانون العمل أنه ينطلق في نطاقه الزمني ليضمن الوفاء بالديون المستحقة أيا ما كان تاريخ استحقاقها السابق ، مادام

حق المطالبة بها لم يسقط بالتقادم. ويظهر هنا ايضا وجه الخلاف مع الامتياز الوارد في القانون المدني ، الذي يقتيد من حيث نوع الديون بالأجور أو المرتبات .
وبتحديد من حيث الزمان بالمستحق عن الستة أشهر السابقة .

٢٣٢ - امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكل والملبس :

قررت المادة ١١٤١ امتيازاً عاماً على جميع أموال المدين ضماناً للوفاء بالمبالغ المستحقة عليه ، عما تم توريده له ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة .

ويتأسس هذا الامتياز العام ، كما مضت الإشارة ، على تدعيم ائتمان المدين ، والتيسير عليه في الحصول على المواد الأساسية التي يستعين بها هو ومن يعول لمواجهة اعباء الحياة .

وهو بهذه المثابة ينحصر من حيث نطاق الأفضلية في المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس .

ويدخل في معنى المأكل كل المواد الغذائية التي تستخدم لهذا الغرض ، كاللحوم والحبوب والالبان . ولكن يبدو أن الامتياز لا يضمن المواد الكمالية كالمشروبات الروحية مثلاً (١) .

ويتضمن معنى الملابس ، كل ما يشتره المدين له أو لمن يعوله لتحقيق هذا الغرض . وبذلك يخرج من نطاق الامتياز الكتب والادوات المدرسية التي يتم الحصول عليها لأطفال المنزل .

ولكن يلاحظ أن المواد التي لا تتمتع بالامتياز المتقدم ، يمكن أن يضمن الوفاء بشمها ، امتيازاً بائع المنقول ، الذي يأتي في مرتبة متأخرة . وسنشير إليه في الامتيازات المنقولة الخاصة .

(١) بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق فقرة ٤٩ وما بعدها .

وواضح من حكمة النص وعبارته أن الامتياز يضمن الوفاء بالمبالغ المستحقة عن المأكل والملبس ، حينما تستخدم المواد المطلوبة للاستعمال الشخصي للمدين ولمن يعوله . وبذلك لا تنطبق أحكام الامتياز إذا كان توريدها بقصد الاتجار فيها .

ويقصد بمن يعولهم المدين الأشخاص الذين يعيشون في كنفه وفي منزله كالزوجة والأصول والفروع أي ما كانت أعمارهم (١) .

ويلاحظ أخيرا أن المشرع حدد هذا الامتياز بالمبالغ المستحقة عن الستة أشهر السابقة على التنفيذ على أموال المدين ، أو وفاته أو إفلاسه أو اعساره . أما ما يستحق عن مدة سابقة فيعتبر من الديون العادية ، مع ملاحظة أنها تسقط بمضي سنة من استحقاقها ، إذا حلف المدين بها ، أنه قد أداها (م ١/٣٧٨) .

٢٣٣ - امتياز النفقة المستحقة لأقارب :

جاء هذا الامتياز العام في نص المادة ١١٤١ أيضا . وهو يتضمن المبالغ المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة .

ويتأسس هذا الامتياز على اعتبارات اجتماعية وإنسانية ، تملئ توفير أقوى الضمان لتحصيل النفقة التي يستحقها قانونا أقارب المدين .

ويدخل في نطاق الديون الممتازة النفقة القانونية التي تجب على المدين عن الستة أشهر الأخيرة . فيشترط أن تستحق النفقة قانونا ، سواء صدر بها حكم من القضاء ، أو تراضى عليها الدائن والمدين .

ويعتبر في حكم الأقارب كل من يتوافر فيه الاستحقاق القانوني للنفقة سواء كانت زوجة المدين أو غيرها من أقاربه .

(١) بيدان وفواران المرجع السابق ص ٤٣٩ .

المبحث الثالث

الامتيازات الخاصة المنقولة

٢٣٤ - تقسيم وإمالة :

قدمنا في دراستنا للأحكام العامة في الفصل السابق ، أن الامتيازات الخاصة هي حقوق عينية ترد على منقولات أو عقارات معينة بالذات . وبهذه المثابة تكفل استيفاء الدين بالافضلية من المقابل النقدي للمال المحمل بالامتياز ، وتجيز تتبعه تحت يد الغير ، مالم يتعطل هذا التتبع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز .

ومضت الإشارة أيضا إلى تنوع الاعتبارات التي دفعت المشرع إلى تقرير الامتيازات المنقولة الخاصة ، فهي تارة تتأثر بأن الدائن هو صاحب الفضل في المحافظة على الشيء والابقاء عليه بين الأموال الضامنة لحقوق الدائنين . وهي تارة أخرى تستند إلى فكرة الرهن القانوني باعتبار أن ارادة المدين الضمنية انصرفت إلى توفير الضمان الخاص للدائن بمناسبة منقولات معينة بالذات . وأحيانا يتأسس الامتياز على فكرة أن الدائن هو الذي أدخل الشيء في ذمة المدين ، ومن العدل عندئذ أن يظل الوفاء بحقه مضمونا بهذا الشيء .

وأيا ما كان الأمر في تقرير هذه الاعتبارات ، فهي لا تتجاوز نطاق الجهد الفقهي . أما السند القانوني للامتياز فهو نص التشريع ، الذي ينفرد وحده بتقرير جدارة الدين بالافضلية ، فيضعه في المرتبة التي يقدرها بين مراتب الامتياز .

ونقنع بهذه الإشارة المقدمة ، ونحيل في تفصيلها لدراستنا في الفصل السابق التي عالجنا فيها الأحكام العامة لحقوق الامتياز .

وفيما يلي نعالج كل امتياز على انفراد : وفقاً للأحكام التي أدلى بها المشرع في النصوص الواردة في الباب الاخير من التقنين المدني .

٢٣٥ - امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه :

تنص المادة ١١٤٠ على ما يأتي « المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثلل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها » .

الحكمة من هذا الامتياز هي تمكين من قام بالمحافظة على منقولات مملوكة للمدين ، من التقدم على سائر الدائنين في استيفاء ما أنفق من مصروفات. إذ لولا هذا الدائن ، لهلكت المنقولات أو تلفت (١).

نطاق الأفضلية يستفاد من نص المادة ١١٤٠ أن هذا الامتياز يضمن الوفاء فقط بالمصروفات التي أنفقت في حفظ المنقول وترميمه .

والمقصود بهذه المصروفات هي تلك التي لولاها لهلك الشيء ، أو أصبح معيباً غير صالح لأداء الغاية منه ، من ذلك مثلاً ما ينفق على حيوان لانقاذ حياته ، أو على سيارة للمحافظة عليها وتمكينها من متابعة السير ، أو ما يصرف على مفروشات كانت مهددة بالهلاك أو التلف .

وتطبيقاً للمعيار المتقدم لا يتضمن نطاق الأفضلية ، المصروفات النافعة ، التي قد ترفع من قيمة الشيء ، ولكنها لم تكن ضرورية لحفظ الشيء أو الإبقاء على صلاحيته للاستعمال . مثال ذلك ما ينفق لطلاء الأثاث ، وتحسينه ، أو

(١) راجع بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٥٠٠ .

ما يصرف على سيارة بقصد رفع قيمتها . مثل هذه المصروفات لا تعتبر ديوناً ممتازة ، ولكن الدائن بها مزود بضمان آخر يستفاد من القواعد العامة في حق الحبس . فهو يستطيع إذا كان المنقول في حوزته أن يمتنع عن تسليمه حتى يستوفي ما هو مستحق له طبقاً لنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدني . هذا الحبس لا يخول الدائن امتيازاً على ثمن المنقول المحبوس . بل يخضع لقاعدة المساواة بين الدائنين في استيفائه .

وقد تدق التفرقة بين مصروفات ضرورية ونافعة ، والأمر في تحديدها يترك لتقدير القاضي على ضوء المعيار الذي أخذ به القانون . فيكون الدين ممتازاً إذا كان ما أنفقته الدائن قد أدى إلى حفظ الشيء أو أبقى على صلاحيته للاستعمال المعد له . والعبرة في هذا الشأن بالنتيجة التي أفضت إليها هذه المصروفات ، بصرف النظر عن نية من أنفقها . وعلى الدائن أن يقيم صلة السببية بين المصروفات التي أنفقت ، والنتيجة التي ترتبت عليها بحفظ الشيء وصيانته (١) .

وعاء الأفضلية : ينصرف هذا الامتياز إلى المنقولات فقط دون غيرها . أما العقار فلم يؤثره المشرع بهذا الحكم ، بل قصر الحكم بشأنه على امتياز المقاول والمهندس المعماري ، وفي هذا الشأن توسع في نطاق الأفضلية فجعلها شاملة لكل ما يستحق نتيجة تحسين العقار أو إقامة منشآت عليه . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الدائن لا يستوفي حقه إلا في حدود زيادة قيمة العقار بعد التحسين أو الإنشاء .

أما بالنسبة لامتياز حفظ المنقول وترميمه فيرد الامتياز على القيمة النقدية للمنقول .

مرتبة الامتياز : يأتي هذا الامتياز طبقاً لنص المادة ١١٤٠ في المرتبة الثالثة بعد المصروفات القضائية ، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة وقبل أي امتياز آخر .

(١) بلانيول وريبير وبكيه ج ١٢ فقرة ١٨١ .

أما إذا تعددت مصروفات الحفظ والترميم، فالمفاضلة بينها تقوم على الترتيب العكسي لتواريخ صرفها . فما أنفق أخيراً أولاً مما أنفق قبله . وعلة هذا الحكم أن المصروفات الأخيرة لها الفضل في أن المنقول لازال محتفظاً بكيانه أو صالحاً للاستعمال .

على هذا النحو يحتل امتياز حفظ المنقول وترميمه مرتبة متقدمة، تفصح عن عناية المشرع بإيثار الدائن بمركز مفضل . وتظهر فائدة هذا الامتياز بصفة خاصة ، إذا كان المنقول في حيازة من أنفق مصروفات الحفظ والصيانة . وذلك أنه يستطيع تدعيم حقه بحبس المنقول استناداً إلى حكم المادة ٢٤٦ من التقنين المدني . وهو بهذه المثابة يفضل الدائن الحابس في الصور العادية ، لأنه يتمتع بأفضلية على ثمن المنقول إذا تم بيعه بناء على طلبه ، أو طلب أى دائن آخر .

أما إذا لم يكن المنقول في حيازته ، فهنا قد يتعرض حقه للخطر ، وبصفة خاصة إذا اعتصم شخص بحيازة نوافر فيها السبب الصحيح وحسن النية ، إذ يتلقى الحائز ملكية المنقول أو الحق العيني المقرر عليه ، خالصاً من القيود والتكاليف العينية . أشارت المادة ٩٧٦/٢ إلى هذا الحكم بقولها « إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره خالياً من القيود والتكاليف العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها » . ومفاد هذا الحكم أن المتصرف إليه لا يحتاج عليه بامتياز الدائن بمصروفات الحفظ والترميم ، مادام حسن نية يجهل وجود هذا الامتياز . والأصل هو حسن النية ما لم يثبت العكس .

وإذا كان المتصرف إليه لم يدفع الثمن ، فيجوز للدائن بالمصروفات أن يحجز ما لمدينه لدى الغير . ويباشر الأفضلية التي خولها له القانون .

عنى المشرع بترديد هذا الحكم في الأسس العامة لحقوق الامتياز ، فقرر كما سبق البيان ، في المادة ١٣٣٣ أنه لا يحتاج بحق الامتياز على من حاز المنقول

بحسن نية . ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يضعها النزيل في الفندق . ومقتضى هذا الحكم تقرير حيازة قانونية لمؤجر العقار ، وصاحب الفندق . وبالتالي فاذا توافر لدى أحدهما حسن النية في حيازة المنقولات محل الامتياز ، جاز له أن ينكر أى امتياز تقرر على هذه المنقولات حتى ولو كان متقدماً عنه في المرتبة .

تطبيقاً لما تقدم إذا وضعت منقولات في عين مؤجرة ، وقام شخص بإنفاق مصروفات حفظ أو ترميم عليها ، فإن مؤجر العقار يتقدم في استيفاء الأجرة من المنقولات ، على الدائن بمصروفات الحفظ والترميم ، رغم أن الأخير يحتل طبقاً لنص القانون ، مرتبة متقدمة .

وإذا أراد منفق مصروفات الحفظ والترميم أن يحافظ على امتياز ، وجب عليه إثبات علم المؤجر بوجود امتياز ، وهو إثبات عسير المنال . ولعل خير وسيلة لحماية حقه ، هى إخطار المؤجر بالإصلاحات التي باشرها ، وباستحقاق هذه المصروفات في ذمة المستأجر . هذا الإخطار ينبئ عن المؤجر صفة الحائز حسن النية ، وبالتالي ترتد الأمور إلى أصلها ، فيحتل امتياز مصروفات الحفظ والترميم مرتبته الأولى ، ويتقدم على امتياز مؤجر العقار .

كذلك يكون الحال أيضاً إذا انتقلت حيازة المنقول إلى دائن مرتهن حسن النية . فهو بمقتضى نص م ١١٣٣ لا يحتج عليه بحق الامتياز ، باعتباره أنه حائز للمنقول .

ويشور التساؤل إذا خصصت المنقولات التي أنفق عليها مصروفات الحفظ والصيانة ، لخدمة عقار أو استغلاله ، وكان هذا العقار مهوئاً رهناً رسمياً . وقد قدمنا بشأن التزام بين بائع المنقول الذي لم يستوف ثمنه ، والدائن المرتهن أن الأفضلية تكون للأخير . وأسسنا هذا الحكم بصفة خاصة على نص المادة

١١٤٥ التي تقرر امتياز بائع المنقول . إذ جاء فيها أن هذا الامتياز يظل قائماً دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية (١) .

ولكن الأمر يختلف بشأن التزام بين الدائن المرتهن ، والدائن بمصروفات الحفظ والصيانة .

لا شك أن المنقولات بتخصيصها لخدمة العقار أو استغلاله تأخذ حكمه فيتعلق بها حق الدائن المرتهن . ولكن من ناحية أخرى يلاحظ أن مرتبة الامتياز التي كفلها المشرع لمنفق مصروفات الحفظ والصيانة ، لا يحد من اطلاقها سوى حيازة المنقول بحسن نية . إذ لا يوجد حكم عام ، على غرار ما جاء في امتياز بائع المنقول ، يقيد مرتبة الامتياز بحقوق الغير بحسن النية ، أيا من كان هذا الغير .

ولذلك يبدو لنا أن الأفضلية في هذا الصدد تمنح للدائن بمصروفات الحفظ والترميم ، فيتقدم على الدائن المرتهن رهنا رسمياً . ولعل الحكمة من تقرير هذا الامتياز تسند هذا الاتجاه . فهو مقرر على اعتبار أن اتفاق المصروفات كان لها الفضل في الابقاء على المنقولات ، وتمكين الدائنين الآخرين من الاستفادة منها .

وخلاصة هذا الاتجاه أن الدائن المرتهن رهنا رسمياً يتقدم على بائع المنقول باعتبار أن المشرع قيد هذا الامتياز بنص صريح بعدم اخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية . ولكنه يتأخر عن منفق مصروفات الحفظ والترميم ، على أساس أن هذا الامتياز جاء خالياً من القيد المتقدم ، ولا يحد من اطلاقه سوى حيازة الغير بحسن النية طبقاً لنص المادة ١١٣٣ .

٢٣٦ - امتياز مصروفات الزراعة ، ومقابل الولايات الزراعية :

تنص المادة ١١٤٢ على ما يأتي « المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغيره من

(١) راجع ما تقدم فقرة ٩٢ .

مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت في إنتاجه وتكون لها جميعاً مرتبة واحدة - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر - وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات .

امتياز مصروفات الزراعة : تعتبر من الديون الممتازة المبالغ التي تنفق في استغلال الأراضي الزراعية وإعداد المحصول ، وذلك كـثمن البذور وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، وأجور العمال الزراعيين ، واستئجار الآلات . وبعبارة موجزة تدخل في نطاق الامتياز كل المبالغ التي تستحق في سبيل استغلال الأرض وزرعها ، منذ إعدادها حتى جنى محصولها .

ويلاحظ أن ثمن البذور والسماح يضمه امتياز بائع المنقول أيضاً . ولكن هذا الامتياز المقرر للمصروفات الزراعية يفضل امتياز بائع المنقول لمن ناحيتين : ١ - فهو أكثر اتساعاً من حيث وعاء الأفضلية ، حيث ينصب على المحصول الذي أنفقت فيه المصروفات . ٢ - وهو أكثر ضماناً واستقراراً ، لأن البذور والسماح تختلط بالإرض وتفقد معالمها ، وبالتالي يزول امتياز بائع المنقول ، لأنه مقيد في مباشرته بأن يظل المنقول محتفظاً بذاتيته . بل وإلى جانب ذلك فهو يحتل مرتبة متقدمة تجعله في مركز أفضل من امتياز البائع .

ويتحدد وعاء الأفضلية في هذا الامتياز بالمقابل النقدي للمحصول الذي صرفت هذه المبالغ في إعدادة ، وذلك بصرف النظر عن مدة بقاء المحصول بالأرض . ويقع على الدائن عبء إثبات أن دينه المستحق في ذمته قد أنفق في مصروفات الزراعة .

وذهب جانب من الفقه إلى أن تسجيل تنبيه نزع ملكية الأرض يفضي إلى زوال هذا الامتياز ، باعتبار أن الثمار تلتحق بالعقار وتأخذ حكمه ، بينما يعتبر

امتياز مصروفات الزراعة من قبيل الحقوق المنقولة .

ويلاحظ أن المشرع يعنى بإلحاق الثمار بالعقار ، توفير الضمان للدائنين في استيفاء حقوقهم . ولكن ذلك لا يؤدي بأية حال إلى إهدار الحق العيني المقرر لدائن على هذه الثمار بحكم القانون . ومن ثم يظل امتياز مصروفات الزراعة قائماً ، لا يتأثر بالحجز على العقار وإلحاق الثمار به (١) . ويجوز له استيفاء دينه بالمرتبة الممتازة من ثمن هذه الثمار بعد جنيتها .

ولا يؤثر على بقاء هذا الامتياز ، أن يكون المدين قد باع المحصول وهو قائم في الأرض ، لأن حق الدائن بالمصروفات يتعلق به بحكم القانون . أما إذا تم جنى المحصول ، وتصرف فيه المدين إلى حائز حسن النية ، فهنا لا يجوز الاحتجاج بالامتياز على حائز المنقولات إذا توافر لديه حسن النية كما قدمنا - م ١١٣٣ / ١ - (٢) في دراسة الأحكام العامة .

وتأتي مرتبة هذا الامتياز في الدرجة الخامسة ، بعد المصروفات القضائية وامتياز الخزانة العامة ، ونفقات حفظ المنقول وترميمه ، وحقوق الامتياز العامة .

وإذا تزاحم دائنون ممتازون من نوع واحد ، كأن تنازع بائع البذر مع بائع السماد ، فإن كلا منهما يستوفي حقه بنسبة ما هو مستحق له تطبيقاً للمبدأ الذي وضعته المادة ١١٣١ بقولها « إذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك » .

امتياز المزارع الزراعي : وهو الامتياز الذي أشارت إليه المادة ١١٤٢ في فقرتها الأخيرة بقولها وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل الآلات الزراعية حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات .

(١) راجع في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧١٠ ، سليمان مرقس فقرة ٢٥٣ .

(٢) أنظر لوى بوايه انسكلوبيدى دالوز ج ٤ ص ٢٥٢ بنه ٢٢٧ . قارن كولان وكابيتان

ج ٢ فقرة ١٥٥٧ .

هذا الامتياز ، على غرار ما سبقه ، يعبر عن حرص المشرع على تدعيم الائتمان الزراعي ، وبعث الثقة في الدائن الذي يتعامل مع طبقة المزارعين .

وقد يبدو أن هذا الامتياز يعتبر تطبيقاً لامتياز بائع المنقول . ولكن يلاحظ أنه يختلف عنه من حيث نطاق الأفضلية . فهو لا يكفل ضمان الوفاء بثمن الآلة وملحقاته فقط ، بل يمتد أيضاً إلى ما ينفق عليها من مصروفات في إصلاحها أو تحسينها . وفي هذا الصدد أيضاً يتميز عن امتياز مصروفات الحفظ والترميم فهو يتسع لما ينفق على سبيل المنفعة أو التحسين (١) .

وتستفاد الأحكام المتقدمة من الصياغة المرنة التي استخدمها المشرع لتحديد نطاق الأفضلية ، فهو يجعل الامتياز ضامناً لكل مقابل يستحق لشخص بمناسبة الآلة الزراعية .

ويتحدد وعاء الأفضلية بالمقابل النقدي للآلة الزراعية التي لم يدفع ثمنها ، أو التي أنفق عليها مصروفات نافعة أو ضرورية .

ويحتل هذا الامتياز مرتبة مماثلة لمرتبة المصروفات الزراعية . وإذا تزامن عدة دائنين استحققت لهم ديون مقابل الآلة ، كبائعها مثلاً . ومنفق المصروفات النافعة ، فهنا يتقاسم كل دائن ثمن البيع بنسبة الدين المستحق تطبيقاً للمبدأ العام في تساوي عدة امتيازات في المرتبة (م ١١٣١ / ٢) . ويلاحظ أن الدائن بمصروفات حفظ وصيانة ، من صالحه أن يستند إلى الامتياز المقرر بصفة عامة لمن أنفق هذه المصروفات ، فهو بهذه المثابة يحتل مرتبة أفضل من تلك التي يكفلها له امتياز الآلات الزراعية .

وينضج هذا الامتياز لحساسية كافة حقوق الامتياز المنقولة ، فيصطدم بقاءه بجحيزة من توافر لديه حسن النية ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١١٣٣ / ٢

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣١١ .

التي تقرر عدم جواز الاحتجاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية .

امتياز بنك التسليف الزراعى والتعاونى : نصت المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٣٠ المعدل بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٤٨ الخاص بالترخيص بالاشتراك فى انشاء بنك زراعى على ما يأتى « تكون المبالغ التى يقرضها البنك لنفقات الزراعة والحصاد ، والمبالغ المستحقة له ثمناً لشراء سماء مضمونة بحق امتياز يجىء فى الترتيب مع الامتياز المقرر فى الفقرة (رابعاً) من المادة ٦٠١ من القانون المدنى الاهلى وفى الفقرة ثالثاً من المادة ٧٢٧ من القانون المدنى المختلط (المقابلة للمادة ١١٤٢ من التقنين الحالى) . وينفذ هذا الامتياز على الثمن الناتج من بيع محصول السنة التى عقدت القروض أو تمت المشتريات من أجله . وتعتبر المبالغ التى تقرض لنفقة الزراعة والحصاد قد استعملت فعلاً فى هذه فى هذه الشئون ولا يقبل الدليل على خلاف ذلك » .

وواضح أن النص المتقدم يضع أحكاماً يقصد بها تدعيم الائتمان الزراعى ، والتيسير على بنك التسليف فى استيفاء القروض التى يمنحها للزراع لمواجهة نفقات الزراعة .

ويخضع هذا الامتياز للأحكام المتقدمة التى وردت فى التقنين المدنى من حيث الدين الممتاز ووعاء الأفضلية ، ومرتبة الامتياز .

ولكن المشرع أراد أن يكفل لبنك التسليف أوفر الضمان فى الحصول على حقه ، فوضع قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس ، على أن المبالغ التى اقترضها البنك لأحد الزراع لنفقة الزراعة والحصاد قد استخدمت فعلاً لهذا الغرض . ولا يقبل إقامة الدليل على أن هذه المبالغ انفق لغرض آخر ، مادام الزارع قد اقترضها لنفقة الزراعة والحصاد . والحكمة من هذه القرينة هى تفويت الغرض على من يتذرع بسد حاجات الزراعة للاقتراض من البنك لتحقيق غايات أخرى . ونخير ضمان يكفله القانون هو تقرير الامتياز بقوة القانون على ثمن محاصيل السنة ، مع عدم السماح باثبات أن القروض لم تنفق لانتاج المحصول .

٢٣٧ - امتياز مؤجر العقار :

تنص المادة ١١٤٣ في فقرتها الأولى على أن أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى .

استقر الفقه التقليدى منذ زمن بعيد على تأصيل هذا الامتياز بالاستعانة بفكرة الرهن الضمنى . وترتد أصل هذه الفكرة إلى عصر القانون الرومانى (١) حينما توصل أحد ملاك العقارات أن يتقدم على سائر دائنى المستأجر ، فى استيفاء الأجرة من المنقولات الموضوعة بالعين المؤجرة . ومنذ ذلك التاريخ أخذت فكرة الرهن الضمنى طريقها إلى الرواج ، حتى استقرت فى الاتجاه الغالب فى الفقه الحديث .

ويلاحظ أن هذا التصوير لو أخذ بظاهره ، لوجب القول إنه يقوم على افتراض لا يستند إلى الواقع ، ويستجيب إلى مجرد حرص الفقه على المحافظة على أصول تاريخية قديمة .

ولعل الأقرب إلى الصواب ، هو إسناد هذا الامتياز إلى فكرة الرهن الذى بقرره القانون بنص خاص ، دون حاجة لتلاقى إرادة المدين والدائن (٢) .

وقد أصطنع المشرع أداة قانونية تلائم تصوير هذا الامتياز على أنه تأمين قانونى يأخذ حكم الرهن . فأسند إلى الدائن حيازة حكمية ، تتميز فى مظهرها الخارجى بطابع خاص .

(١) بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٤٦٣ - لوى بوايه انسكلوبيدى دالوز ج ٤ ص ٢٤٠ فقرة ١٩ .

(٢) بلائيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٤٢ - كانكارليه - المرجع السابق ٥٧ .

وعلى هذا النحو اعتبر مؤجر العقار ، حائزاً للمنقولات التي تتضمن الوفاء بحقه في الأجرة . وتنفرد هذه الحيازة بأنها تستند إلى نص في القانون . ولكنها لا تستجيب إلى الواقع ، لأن الحيازة الفعلية تتوافر للمستأجر ، فقد انتزع المشرع بعض السلطات القانونية التي تكفلها الحيازة ، ومنحها للمؤجر ، لتمكينه من الاستفادة بامتيازها على نطاق واسع ، ولبسط كافة أحكام الحيازة على مركزه بالنسبة لهذه المنقولات (١) .

هذه الأداة القانونية أفضت إلى اعتبار امتياز مؤجر العقار ، مؤسساً على فكرة الرهن ، واقتضت خلع صفة الحائز عليه ، حتى يتيسر له السيطرة على المنقولات محل الامتياز ، على نحو يكفل تطبيق هذا الضمان الخاص على أوسع نطاق .

وقد ألقى المشرع بهذه الأداة المتقدمة في صياغة موجزة جاءت في المادة ٢/١١٣٣ بقولها «يعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة» .

وقد سبق البيان أن هذه المادة وضعت في فقرتها الأولى حكماً عاماً يعتبر من أسس حقوق الامتياز ، ويقضى بعدم الاحتجاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية .

وأشار المشرع مرة أخرى إلى صفة المؤجر كحائز للمنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، فقرر في المادة ٤/١١٤٣ أن المبالغ الممتازة تستوفى من ثمن الأموال المنقلة بالامتياز بعد الحقوق التي تسبقه في المرتبة ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً بحسن النية .

خلاصة القول مما تقدم أن امتياز مؤجر العقار يستند إلى فكرة الرهن المقرر

(١) كاريبياك (حماية الدائن في التأمينات الاتفاقية الواردة على منقولات دون نقل حيازتها) رسالة من مونبليه ١٩٥٤ ص ١٨٨ فقرة ١٣٥ .

بنص القانون ، وأن الأداة القانونية التي أصطنعها المشرع لتنظيم أحكام هذا الامتياز ، هي تمكين المؤجر من حيازة افتراضية ، تكفل له حماية حقه ، والسيطرة على المنقولات محل الامتياز على النحو الذي نبينه فيما يلي .

ويضيف الفقه بشأن الأراضي الزراعية ، أن أساس الامتياز على المحاصيل ، يقوم على فكرة أخرى قوامها أن استئثار المستأجر بثمار الأرض ، كان نتيجة مباشرة لتمكينه من الانتفاع بها . وعلى هذا النحو فصاحب الفضل في هذا الانتفاع ، وهو المؤجر ، يعتبر أولى الدائنين بالرعاية ، في استيفاء ما يستحق له من اجرة .

وأياً ما كان الأمر ، فالواقع أن امتياز مؤجر العقار يستجيب إلى اعتبارات عامة تتعلق بحماية طبقة المستأجرين وبتدعيم الائتمان الزراعي . فإن هذا الضمان القانوني يبعث الثقة في نفس المؤجر ، على نحو يفضي إلى إعفاء المستأجر من إرهاب في الشروط التي قد تفرض عليه ، إذا لم يكن استيفاء الأجرة ديناً ممتازاً . وقد أراد المشرع أن يجنب المستأجر وقوعه في الحرج ، إذا ما اضطر لسداد أجرة معجلة ، أو تقديم ضمانات اتفاقية مرهقة . فتخير المنقولات التي لا غنى له عنها ، وجعل منها ضماناً للمؤجر ، دون أن يحرم المستأجر من استعمالها بحرية مكفولة .

وسنغني فيما يلي بدراسة نطاق الأفضلية وهي المبالغ التي يضمها الامتياز ، ثم وعاء الأفضلية أي الأشياء التي يستطيع المؤجر استيفاء حقه من مقابلتها النقدي . ثم نحدد في خاتمة البحث مرتبة الامتياز ، وهي خاضعة في أحكامها للحيازة الافتراضية التي أسندها المشرع لمؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة .

نطاق الأفضلية . : يتحدد نطاق الأفضلية وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤٣ بأجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن

قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار .

أول ما يلاحظ على نطاق هذا الامتياز ، أنه يتناول ما يستحق لمؤجر العقار صاحب الولاية في تأجيريه ، بصرف النظر عن كونه مالكا لهذا العقار . فثبتت الامتياز إذن لصاحب حق الانتفاع ، وللدائن المرتهن رهن حيازة إذا باشر سلطة الاستغلال بتأجير العقار ، ويزود به بصفة عامة كل من يكون له حق الإدارة (١) .

ويتحدد نطاق الإيجار من حيث المحل ، بالمباني والأراضي الزراعية ، أيا ما كانت وجهة استغلالها أو استعمالها . ولا يغير من صفة الدين الممتاز أن يكون الإيجار وارداً على منازل أو شقق مفروشة (٢) .

ويجب أن تكون الديون مستحقة عن عقد إيجار توافرت فيه شروط الصحة . فإذا كان الإيجار باطلا ، لا يثبت الامتياز للمؤجر . وكذلك الحال أيضاً إذا انتهى العقد دون أن يتجدد ضمناً . وبعبارة أخرى يجب أن يستند الانتفاع بالعين المؤجرة إلى عقد إيجار ، وإلا كان مصدر الالتزام الإثراء بلا سبب وهو لا ينحول للدائن بالتعويض امتيازاً .

على ضوء ما تقدم ، يتحدد نطاق الأفضلية بالأجرة المستحقة عن عقد إيجار صادر من ذى ولاية لإبرامه . ولكن المشرع لم يبسط الامتياز على كل الاستحقاقات السابقة ، بل حدها بأجرة سنتين سابقتين ، أو بمدة الإيجار إن قلت عن ذلك . وهو في هذا الحكم قد راعى حماية الدائنين الآخرين ، وحرص أيضاً على حماية ائتمان المدين .

(١) ريبيير وبولانجييه ج ٢ فقرة ١٥١٦ - بلانيول وريبيير وبيكيه فقرة ١٤٣ .

(٢) كولان وكابيتان ج ١٢ فقرة ١٥١٦ - وبلائيول وريبيير وبيكيه فقرة ١٤٤ ، وتتضاءل الأهمية العملية لامتياز المؤجر على إيجار الشقق المفروشة ، نظراً لأن المستأجر في غالب الأحيان لا يكون له منقولات تخضع لوعاء الامتياز . وفصلاً عن ذلك فإنه دائماً ما تدفع أجرة الشقة المفروشة مقدماً .

ويلاحظ أن النص جاء مطلقاً ، فلم يقيد الامتياز بالمدة التي تسبق مباشرة التنفيذ على هذه المنقولات واستيفاء الأجرة من ثمنها . وعلى هذا النحو يتحدد الامتياز في حدود سنتين سابقتين دون تحديد نطاقها الزمني ، بشرط ألا يكون الدين قد سقط حق المطالبة به بمضى المدة ، وتمسك المدين بهذا التقادم .

يتناول نطاق الأفضلية إلى بجانب الأجرة ، ما يستحق في ذمة المستأجر بموجب عقد الإيجار . وبذلك تعتبر من الديون الممتازة ، ما يلتزم به من مصروفات أو تعويضات ، ومثلها ما يستحق عليه كتعويض عن إساءة استعمال العين المؤجرة ، أو ما يترتب عليه من مسؤولية بسبب حريق العين المؤجرة . والمعيار في تحديد الأفضلية في هذا الصدد ، هو أن الامتياز يمتد إلى كل مبلغ يستحق بسبب عقد الإيجار .

وعاء الأفضلية : لا تثور الصعوبة بالنسبة للأراضي الزراعية ، فحق المؤجر يتحدد من حيث وعاء الأفضلية ، بالمحصولات التي تغلها الأراضي ، وكافة المنقولات التي يضعها المستأجر فيها ، وهي في العادة لا تتجاوز الآلات والمواشي المعدة لاستغلالها .

ولكن الأمر يدق بالنسبة لتحديد المنقولات الموجودة في العين المؤجرة إذا كانت من العقارات المبنية . وأول ما يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع أخرج من وعاء الأفضلية كافة المنقولات التي لا يجوز الحجز عليها .

ولكن الصعوبة تثور في تحديد أي المنقولات القابلة للحجز ، التي تدخل في وعاء الأفضلية . فالمستأجر يضع عادة منقولات مادية ومعنوية ، وتختلف الغاية من وضعها .

ولعل أصدق معيار يعين على بيان المنقولات التي تخضع لهذا الامتياز ، هو الالتجاء إلى التصوير المتقدم في تقرير هذا الضمان . فقد قدمنا أنه قائم على فكرة الرهن القانوني ، ومن ثم ينبغي التضييق من وعاء الأفضلية ، وجعله

قاصراً على المنقولات المادية التي توضع في العين المؤجرة . بقصد استعمالها في الغاية من استئجارها (١). بل ويمكن الاستناد إلى الصياغة الفرنسية لنص المادة ١٤٣ لتدعيم هذا المعيار. فهي تعبر عن المعنى المادي للشيء المنقول ، وتتضمن فكرة التخصيص للاستعمال الذي يهدف إليه المستأجر . ويتضح ذلك من عبارة
les meubles garnissant les lieux

على ضوء المعيار المتقدم يخرج من وعاء الأفضلية كافة المنقولات المعنوية ، وذلك كالسندات المثبتة لديون مستحقة للمستأجر في ذمة الغير ، أو الوثائق المقررة للاستغلال المالي لحقوق المؤلف . بل وفي نطاق المنقولات المادية ، نميل إلى ترجيح الاتجاه الذي يخرج من نطاق الامتياز الأشياء التي لا توضع عادة في عين مؤجرة ، أو بعبارة أخرى المنقولات الخفية التي لا يفترض علم المؤجر بها ، ولا تدخل في تقديره سلفاً وهو بسبيل منح الائتمان للمدين . وتطبيقاً لهذا الاتجاه يفلت من وعاء الأفضلية النقود بصفة عامة (سواء كانت معدنية أو عملة ورقية) ، والجواهر والأحجار الثمينة أيضاً (٢) .

و أياً ما كان الأمر في تقدير الاتجاه إلى التضييق من وعاء الأفضلية ، فالمشرع زود المؤجر بوسيلة فعالة تكفل له تمكينه من مباشرة الامتياز . إذ تجيز المادة ٥٨٨ للمؤجر أن يلزم المستأجر بوضع منقولات كافية لضمان الوفاء بأجرة سنتين ، أو عن كل مدة الإيجار إن قلت عن سنتين .

وغنى عن البيان أنه تستثنى من الأحكام المتقدمة المنقولات التي يمتنع الحجز عليها قانوناً ، كملابس المستأجر وأقاربه والكتب وأدوات الصناعة اللازمة للمهنة وعتاده الحربي ، وغير ذلك مما تنص عليه المادة ٤٨٤ وما بعدها من قانون المرافعات .

(١) بلايول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٥٦ - بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٤٦٧ .

(٢) لا يلقى هذا الرأي تأييداً شاملاً بالنسبة للجواهر . أنظر بودان وفواران المرجع السابق -

بلايول وريبير وبيكيه المرجع السابق . قارن أوبري ورو ج ٣ ص ١٩٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٢٥ .

وأخيراً يلاحظ بالنسبة لامتياز أجرة الأراضي الزراعية ، أن وعاء الأفضلية يتحدد بصفة خاصة بالمحصولات الموجودة في الأراضي المؤجرة بصرف النظر عن تاريخ انتاجها. ويتضمن فضلاً عن ذلك كافة المنقولات الموجودة بها ، كالمركبات والآلات الزراعية والبذور والأسمدة وغيرها .

ولا يشترط دوام بقاء المنقولات في العين المؤجرة لتقرير الامتياز المؤجر عليها . وإنما يكفي أن تبقى المدة الكافية التي تنفي عنها صفة الحيازة العارضة . وعلى هذا النحو يرد امتياز مؤجر المحل التجاري ، فضلاً عن المنقولات الموضوعة فيه بقصد تجهيزه ، على البضائع الموجودة أيضاً .

حكم المنقولات المملوكة للغير : الأصل أن وعاء الأفضلية لا يتضمن إلا المنقولات المملوكة للمستأجر . ولكن المشرع في هذا السبيل راعى أمرين ١ - أن الزوجة تشارك زوجها في المعيشة والمسكن ، وقد تضع بعض منقولات مملوكة لها ويفترض انصراف الامتياز إليها . ٢ - أن المؤجر تتوافر له حيازة حكيمية تجيز له الاحتجاج بامتيازها على منقول مملوك للغير .

على ضوء هذه الاعتبارات نعالج فيما يلي حكم المنقولات المملوكة للزوجة ، وتلك التي يضعها المستأجر من الباطن ، أو تكون مملوكة للغير بصفة عامة . وقد وضع المشرع أحكامها في الفقرة الثانية والثالثة من المادة ١١٤٣ .

١ - المنقولات المملوكة للزوجة : تعتبر ضامنة لحق المؤجر ولو ثبت علمه أنها ليست ملكاً للزوج المستأجر (١) . ولكن يراعى في هذا الشأن أن في وسع الزوجة أن تطلب إخراج منقولاتها من وعاء الأفضلية ، إذا أخطرت المؤجر

(١) لو تأملنا في نص الفقرة الثانية من المادة ١١٤٣ ، لوجدنا أن تعلق حق المؤجر بمنقولات الزوجه لا يقوم على فكرة حسن النية في الحيزرة . ذلك أن المشرع يقرر الامتياز على هذه المنقولات بصفة مطلقة ، ثم يقيد وقوع الامتياز على منقولات الغير بشرط حسن النية ، أي جهل المؤجر بتعلق حق الغير بها . وهذا المعنى المستفاد صراحة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (ج ٢ ص ٣١٥)

بهذه الرغبة ، وقبل ذلك . حينئذ يتسنى له أن يستلزم وضع منقولات أخرى كافية ، تضمن الوفاء بحقه ، وإلا اجيز له فسخ التعاقد .

وقد اختلف الشراح في تأصيل حكم تعلق حق المؤجر بمنقولات الزوجة . ويتجه الرأي الغالب إلى تأسيسه على اعتبار أن الزوجة تشارك الزوج في الانتفاع بالعين المؤجرة . ويبدو لنا أن المشرع قدر بصفة خاصة ، مصلحة المؤجر ، مراعيًا الوضع المألوف في مصر ، وهو أن المنقولات تكون في الغالب من الأمر مملوكة للزوجة .

٢ — المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن : تدخل هذه المنقولات في وعاء الأفضلية ، فيرد عليها الامتياز ، حتى ولو علم المؤجر أنها ليست مملوكة للمستأجر الأصلي ، متى كان التأجير من الباطن ممنوعاً بنص في العقد . ويصدق هذا الحكم من باب أولى في الأحوال التي يكون فيها تحريم الإيجار من الباطن بنص صريح في القانون .

أما إذا كان هذا التأجير مصرحاً به ، فإن المنقولات التي يضعها المستأجر من الباطن لا يتعلق بها حق المؤجر إلا من الوقت الذي تقوم بينه وبين المؤجر علاقة مباشرة . وتتوافر هذه العلاقة من اللحظة التي يتلقى فيها إنداراً من المؤجر يطالبه بما هو مستحق في ذمته من أجرة في مواجهة المستأجر الأصلي (م ٥٩٦) . عندئذ يصبح المستأجر من الباطن مديناً مباشراً للمؤجر بالمبالغ المستحقة عليه لصالح المستأجر الأصلي ، وتكون هذه المبالغ ديناً ممتازاً ، تضمن الوفاء به المنقولات أو الحاصلات الموجودة بالعين المؤجرة (م ١١٤٣/٣) .

٣ — المنقولات المملوكة لغير بصفة عامة : قد يضع المستأجر في العين المؤجرة منقولات غير مملوكة له ، وإنما تكون مملوكة لغير . وهو في هذا الصدد قد تكون حيازته لها على سبيل العارية أو الإيجار ، بل وربما يكون مختصباً لها . فما مدى تعلق حق المؤجر بهذه المنقولات ، وإلى أي حد تدخل في وعاء الأفضلية .

بيننا فيما سبق أن القانون قد أسند إلى المؤجر حيازة افتراضية ، تخول له السيطرة على كافة ما يوجد من منقولات في العين المؤجرة ، وتجزئ له الاعتصام بحسن النية في الحيازة ، لرد مطالبة كل من يدعى حقاً على هذه المنقولات .

وعلى هذا النحو يتضمن وعاء الأفضلية المنقولات المملوكة للغير متى كان المؤجر يجهل وقت وضعها في العين المؤجرة أنها غير مملوكة للمستأجر . وأن للغير حقوقاً عليها (م ١١٤٣-٢) . والأصل بطبيعة الحال هو حسن النية ، وعلى مالك المنقولات أن يثبت عكس ذلك ، أى يثبت علم المؤجر بتعلق حق الغير بها .

وإذا كانت هذه المنقولات أفلتت من سيطرة مالكها بسرقة أو ضياع ، فله أن يستردها من المؤجر حسن النية خلال ثلاث سنوات من وقت فقدانها أو سرقتها وفقاً للأحكام العامة في استرداد حيازة المنقولات (م ٩٧٧) .

يستفاد مما تقدم أن المؤجر يستطيع إنكار حقوق الغير على المنقول ، متى توافر لديه حسن النية عند وضعه في العين المؤجرة . ولعل أكثر السبل تأميناً لحق الغير ، أن يبادر فور وضع المنقول في العين المؤجرة إلى إخطار المؤجر ، بأن له حقوقاً عليه . وحينئذ ينتفى عن المؤجر حسن النية ، وبالتالي لا يتعلق حقه بهذا المنقول .

الوسائل القانونية لحماية امتياز المؤجر: يعتبر المؤجر ، كما تقدم البيان ، حائزاً للمنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وهي حيازة حكيمية اصطنعها المشرع لتدعيم الضمان المقرر بالامتياز . على أن الطبيعة الخاصة لهذه الحيازة ، لا تجعل المؤجر في مأمن من الخطر . فهو لا يسيطر سيطرة الفعلية على المنقولات التي تضمن الوفاء بحقه . إذ من الجائز أن يتصرف المستأجر فيها ، أو ينقلها من العين المؤجرة دون علم المؤجر أو رغم إرادته .

لذا حرص المشرع على وضع أحكام متعددة ، تهدف إلى حماية المؤجر ، وتمكينه من إخضاع المنقولات لسيطرته ، والإبقاء على حيازتها الحكيمية التي

أسندها إليه القانون . وتتمثل هذه الأحكام فيما يأتي :-

١ - يستطيع المؤجر أن يحبس كافة المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة بشرط أن تكون قابلة للحجز . بل ويمتد حقه في الحبس إلى المنقولات المملوكة للغير ، مادام الامتياز مقررّاً عليها ، ويتوافر ذلك كما قدمنا إذا كان يجهل وقت وضعها تعلق حقوق الغير بها .

ويترتب على الحق في الحبس تمكين المؤجر من منع نقل المنقولات من العين المؤجرة . فإذا تم نقلها ، خلّسه أو اغتصبها ، يجوز له استردادها . وهو في هذا السبيل يستعين بالوسائل التي زوده بها القانون . وإذا انتقلت المنقولات إلى حائز حسن النية ، يجوز أيضاً استردادها مع عدم الإخلال بما لهذا الحائز من حقوق (م ٥٨٩ ، ١١٤٣ / ٥) . فإذا كان اشتراها من سوق عام أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، يلتزم المؤجر بتعجيل الثمن إلى الحائز قبل استردادها .

ويمتنع على المؤجر استرداد المنقولات في أحوال متعددة : (أ) إذا كانت نقلت برضائه أو علمه (م ٥٨٩ / ١) (ب) إذا كان نقل هذه المنقولات مما تقتضيه حرفة المستأجر كالبضائع في متجر ، أو مما تفرضه مقتضيات الحياة المألوفة كالسيارة التي ينثرص نقلها لإمكان استعمالها . (ج) إذا كانت المنقولات الباقية في العين المؤجرة أو التي استردها المؤجر تفي بضمان الأجرة وفاء تاماً (م ٥٨٩ / ٢) .

٢ - الحجز التحفظي : وهو أداة وقائية يعتصم بها المؤجر إذا خشي لأسباب معقولة تبديد المنقول الثقيل بحق امتياز لمصلحته . وهو بهذه المثابة لإجراء وقائي عاجل يسعى إليه المؤجر ، لتأمين الوفاء بالأجرة ، وتمكينه من الانتفاع بالضمان الخاص المقرر له بنص القانون . وفي هذا الشأن نصت المادة ٦٠٢ مرافعات في فقرتها الأولى على أن « المؤجر العقاري أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحصولات

الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر له في القانون المدني». ويشترط لصحة توقيع الحجز أن يكون الدين المحجوز من أجله حالاً قد استحق الوفاء به . فلا يجوز الحجز ضماناً للوفاء بأجرة لم يستحق بعد دفعها . ولا يشترط أن يكون المحجوز به أجرة . بل يصح الحجز لاستيفاء أى الديون المستحقة بموجب عقد الإيجار ، باعتبار أنها مبالغ مضمونة بحق الامتياز .

٣ - الحجز الاستحقاقى : أظهر المشرع حرصه على تدعيم امتياز مؤجر العقار ، فمنحه السلطة القانونية فى أنه يتبع المنقولات تحت يد الحائز حسن النية ، وهو ما يستفاد من نص المادة ١١٤٣/٥ التى تقضى بما يأتى «ويبقى الامتياز ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها (المنقولات) إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً فى الميعاد القانونى ..» .

والمقصود بهذا الحجز الاستحقاقى فى قانون المرافعات هو ما جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٦٠٢ التى تنص على جواز الحجز على المنقولات والخاصات والثرات إذا كانت قد نقلت من العين المؤجرة بدون رضا المؤجر مالم يكن مضى على نقلها ثلاثين يوماً (١) .

إذا بادر المؤجر الى اتخاذ هذا الإجراء فى المدة القانونية ، يثبت له حق تتبع هذه المنقولات خلال ثلاث سنوات ، حتى ولو كانت تحت يد حائز حسن النية . على أن المؤجر يلتزم بتعجيل الثمن للحائز إذا اشترى هذه المنقولات فى سوق عام أو مزاد علنى ، أو ممن يتجر فى مثلها .

مرتبة الامتياز : يحتل امتياز مؤجر العقار المرتبة السادسة بعد المصروفات

(١) أنظر المغفور له أستاذنا الدكتور محمد حامد فهمى فى كتاب التنفيذ الطبعة الثالثة التى أتمها الأستاذ محمد عبد الله محمد ٥٠٨ .

القضائية ، وامتيار المبالغ المستحقة للخزانة العامة : وامتيار نفقات حفظ المنقول وترميمه ، وحقوق الامتيار العامة ، وامتيار مصروفات الزراعة و الآلات الزراعية .

إنما يراعى بشأن مرتبة الامتيار ، أن مؤجر العقار يعتبر حائزاً بحكم القانون . وهو بهذه المثابة ، يستطيع أن يعتصم بحسن نيته فينكر كافة القيود والتكاليف العينية المقررة على المنقول .

ويستفاد هذا الحكم صراحة بالنسبة إلى حقوق الامتيار ، من المادة ١١٣٣ في فقرتيها الأولى والثانية . والأصل هو افتراض حسن نية المؤجر ، وعلى من يدعى العكس أن يثبت خلاف ذلك .

تطبيقاً لما تقدم إذا وضعت في الين المؤجرة منقولات مرهونة رهناً حيازياً ، وتخلى الدائن المرتهن عن حيازتها مؤقتاً ، فإن مؤجر العقار يحق له حبس هذه المنقولات في مواجهة الدائن ، ويمنعه من استردادها .

وإذا كانت المنقولات مثقلة بحق امتياز يتقدم في المرتبة على امتياز المؤجر ، فهنا لا يجوز الاحتجاج على المؤجر بهذا الامتيار ، ما دام حسن النية يستند إلى حيازة صحيحة . وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ١١٤٣ بقولها ، وتستوفي هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتيار بعد الحقوق المتقدمة الذكر (الامتيازات السابقة في المرتبة) ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية .

هكذا أراد المشرع لمؤجر العقار أن يستفيد من الأثر المسقط للحيازة . وبذلك يصدق عليه حكم المادة ٢/٩٧٦ الذي يقضى بأنه «إذا كان حسن النية والسبب الصحيح ، قد توافرا لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها » .

وتطبيقاً لما تقدم يمكن لمؤجر العقار أن ينكر أى امتياز متقدم عليه في المرتبة

ما دام حسن النية أى مجهل وجود هذا الامتياز، ومستنداً إلى سبب صحيح ، أى أنه لم يذكر فى عقد الإيجار ما يثقل المنقولات من قيود وتكاليف عينية. فإذا وضعت فى العين المؤجرة منقولات أنفق عليها مصروفات حفظ أو ترميم ، أو وضعت آلات زراعية فى الأرض ولم يكن دفع ثمنها . فالأصل هو تقديم امتياز مصروفات الحفظ ، وامتياز مقابل آلات الزراعة. ولكن هذه الامتيازات تتأخر عن امتياز مؤجر العقار ، نظراً للحيازة القانونية التى كفلها له القانون ، بصريح نص المادة ١١٤٣/٤ التى تقضى بأن هذه الحقوق تتقدم على امتياز مؤجر العقار إلا ما كان منها غير نافذ فى حقه باعتباره حائزاً حسن النية .

ولعل خير وسيلة للابقاء على الامتيازات المقررة على المنقولات التى تعلق بها حق المؤجر ، هى إخطاره وقت وضعها بالعين المؤجرة بتعلق حقوق الغير بها على أنه إذا استطاع صاحب الامتياز المتقدم فى المرتبة ، مثل من انفق مصروفات الحفظ والترميم ، أن يثبت علم المؤجر بوجود هذا الامتياز (١) ، ينتفى عنه حسن النية ، وبالتالي تعود الأمور إلى نصابها فيتقدم امتياز مصروفات الحفظ والصيانة ، على امتياز مؤجر العقار .

أما امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة فيحتاج إلى بعض إيضاح . فقد مضت الإشارة ، فى دراسة حكمة الامتياز وسلطاته ، إلى وجوب التفرقة بين الامتياز العام المقرر للخزانة العامة ، والامتياز الخاص الذى يرد على منقولات معينة بالذات . فإذا كان الامتياز عاماً ، فالرأى عندنا هو إعمال نص المادة ١١٣٤ التى تقضى بأن حقوق الامتياز العامة لا يثبت فيها حق التتبع . وعلى هذا النحو يتقدم امتياز مؤجر العقار بوصفه حائزاً للمنقولات ، على امتياز الخزانة العامة إذا أرادت مشاركته فى التنفيذ ، ما دام حق الخزانة من الحقوق المضمونة

(١) يجب على منفق مصروفات الحفظ والترميم أن يثبت علم المؤجر باتفاق هذه المصروفات ، وأنها لم تستوف ، وهو إثبات ، فيما يبدو لنا ، عسير المنال .

بامتياز عام ، كما هو الحال بالنسبة لضريبة الإيراد العام . والقول بغير ذلك يهدر كل ضمان للموثر ، بل وكل ضمان لأي دائن . ويقتضى من الشخص قبل أن يتعامل مع المدين ، أن يتحرى من مصلحة الضرائب عن مركزه المالي وهو أمر بطبيعته غير جائز .

أما إذا كان امتياز الخزانة العامة خاصاً يرد على منقولات معينة بالذات . فهنا يجوز لها استيفاء المبالغ المستحقة من ثمن الأموال المثقلة بها في أية يد كانت قبل أي حق آخر . وبذلك يتقدم امتياز الخزانة العامة ، على امتياز موثر العقار حتى ولو كان حسن النية . إذ أن المشرع بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ كفل لامتياز الخزانة العامة حق التبع بالنسبة للمنقول أو العقار ، مع إعفائها من شهر الامتياز (١) .

٢٣٨ - امتياز صاحب الفندق :

جاء النص على هذا الامتياز في م ١١٤٤ من التقنين المدني . ويتجه الفقه الغالب ، كما سبق البيان بالنسبة لموثر العقار ، إلى تأسيس هذا الامتياز على فكرة الرهن الضمني (٢) . ولعل الأقرب إلى الواقع ، هو تأصيل الضمان المقرر لصاحب الفندق على أساس أن القانون هو الذي وضعه في مركز الدائن المرتهن رهنًا حيازياً . ومن ثم استخدم أداة مماثلة لتلك التي قررها في امتياز موثر العقار ، فجعل صاحب الفندق في حكم الحائز للمنقولات التي يتضمنها وعاء الأفضلية (م ١١٣٣/٢) .

يتقرر الامتياز لأصحاب الفنادق التي يأوى إليها الشخص للمبيت ، بصرف النظر عن تقديم الطعام له ، أو اكتفائه فقط بالماوى (٣) . ولا يصدق حكم هذا

(١) راجع دراستنا المتقدمة لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة فقرة ٢٣٤ . أنظر أيضاً أسس الامتيازات العامة والامتيازات المنقولة الخاصة ص ٥٧٤ وما بعدها .
(٢) ريبيير وبولانجييه ج ٢ فقرة ٣٣٠٤ - بودان ج ١٣ فقرة ٤٤٨ - بلانيول وريبيير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٦٦ .
(٣) كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٥٦١ .

الضمان الخاص على أصحاب المطاعم والمقاهي ، لأن الامتياز يلزم لتوافره أن يكون المكان الذي يملكه الدائن معداً للسكنى ، وأن يكون الدين مستحقاً عن الإقامة وما يتصل بها من مأكّل أو ما ينفق لحسابه خلال إقامته .

نطاق الإفضلية : تنصرف الإفضلية إلى ضمان المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن الإقامة ، وما يقدم له من أطعمة . وتتناول أيضاً ما ينفق لحسابه خلال إقامته ، أي كافة ما يستحق مقابل الخدمات التي يؤديها له الفندق .

وقد اختلف الفقه بشأن القروض التي تمنح للنزيل . فأتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى عدم ضمانها بامتياز صاحب الفندق ، باعتبار أنها مبالغ لم تستحق بمناسبة مباشرة الحرفة (١) .

ولكن يلاحظ أن اقراض النزيل خلال إقامته بالفندق ، يجب اعتباره من التصرفات المألوفة التي تقتضيها حرفة صاحب الفندق . ولذا يميل الفقه السائد إلى اعتبار المبالغ التي اقترضها النزيل من الديون المحتازة (٢) .

وعاء الإفضلية : يتضمن وعاء الإفضلية الأمتعة التي آتى بها النزيل معه إلى الفندق ، أو في مكان ملحق به ، وذلك كالملابس والبضائع والسيارات التي توضع في مكان ملحق بالفندق . ويتجه الفقه السائد ، خلافاً لامتياز مؤجر العقار ، إلى إدخال المجوهرات والنقود في وعاء الإفضلية (٣) .

(١) بودان وفواران المرجع السابق فقرة ٤٤٧ .

(٢) أنظر الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣١٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٤٧ - سليمان مرقس فقرة ٣٧١ .

(٣) الأعمال التحضيرية المرجع السابق - بواييه انسكلوبيدي دالوز ج ٤ ص ٢٤٥ بند ١١٠ ، ويرى البعض أن السندات والأوراق المالية لا تدخل في وعاء الإفضلية ، باعتبار أنها أموال منقولة ليس من المؤلف أن يحضرها معه النزيل (بلانپول ورنيير وبيكيه المرجع السابق فقرة ١٦٩) .

ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت مماوكة للغير ، باعتبار أن صاحب الفندق يصدق عليه وصف الحائز . ولذا يتعين على مالك المنقولات أو صاحب الحق عليها ، أن يثبت علم صاحب الفندق بتعلق حق الغير بها ، في الوقت التي أحضرها معه النزيل . وإذا كانت هذه المنقولات أفلتت من سيطرة المالك ، بسرقة أو ضياع يجوز له استردادها .

ويلاحظ من جهة أخرى أن صاحب الفندق ، باعتباره حائزاً بحكم القانون يجوز له أن يعارض في نقل الأمتعة ما لم يستوف حقه كاملاً ، وذلك أن له الحق في حبس الأمتعة والمنقولات التي تعلق حقه بها . بل وله أن يستردها أيضاً إذا نقلت رغم معارضته أو دون عامه .

على أنه إذا انتقلت هذه المنقولات إلى شخص من الغير حازها بحسن نية وسبب صحيح ، يمتنع على صاحب الفندق استردادها . ولا يحق له توقيع الحجز الاستحقاقى ، كما هو الحال بالنسبة لموثر العقار .

ويجوز له تطبيقاً للقواعد العامة استرداد المنقولات الضائعة أو المسروقة ، على أن يتم ذلك خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع . وإذا كانت تحت يد حائز حسن النية اشتراها من سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر في مثلها ، يجب على صاحب الفندق أن يعجل له الثمن قبل استرداد المنقولات .

أما إذا نقلت الأمتعة والمنقولات التي تعلق حقه به ، برضائه ودون أن يبدى اعتراضاً ، فهنا ينقضى الامتياز بالتخلي عن الحيازة . وهو انقضاء بات ، بمعنى أن عودة النزيل للفندق مرة أخرى ، لا تبعث الحياة في هذا الامتياز ، ولا يحق لصاحب الفندق أن يطالب بالديون المستحقة عن الإقامة الأولى ، بضمان المنقولات التي أحضرها النزيل في المرة الثانية (١) .

(١) انسكلوبيدى دالوز المرجع السابق ص ٢٤٥ بند ١١٣ .

مرتبة الامتياز : يحتل هذا الامتياز المرتبة السادسة مع امتياز المؤجر العقار .
فإذا تزامن الحقان يقدم الأسبق في التاريخ (م ١١٤٤ / ١) .

ولكن يراعى في هذا الصدد أن الحيابة القانونية لكل منها قبل انعكس أثرها على مرتبة الآخر . فإذا نقل المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة ، ونزل بها في فندق ، فإن امتياز المؤجر وهو الأسبق لا يكون نافذاً في حق صاحب الفندق ، إذا كان حسن النية ، أى يجهل تعلق حق المؤجر بهذه الأمتعة .

على أن المشرع ، وكما سبق البيان ، زود المؤجر بحماية خاصة ، تكفل له سرعان الامتياز في مواجهة الحائز حسن النية . إذ أجاز له أن يبادر إلى إجراء حجز استحقاق في المدة القانونية المحددة في المادة ٦٠٢ مرافعات (وهى ٣٠ يوماً من تاريخ نقل المنقولات من العين المؤجرة) . فإذا باشر هذا الحجز ، جاز له التقدم على صاحب الفندق ، حتى ولو كان حسن النية في حيازته .

أخيراً نكتفى بالإشارة إلى أن صفة صاحب الفندق كحائز قانوني بمقتضى المادة ١١٣٣ ، تحول له أن يتجاهل كل حقوق الامتياز السابقة عليه في المرتبة ، مادام قد توافر لديه حسن النية ، في الوقت الذى أحضر فيه النزاع هذه المنقولات إلى الفندق .

٢٣٩ - امتياز بائع المنقول :

تنص المادة ١١٤٥ على ما يأتى «ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشئ المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية - ويكون هذا الامتياز تالياً في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنها كانا يعملان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق .»

أحاط المشرع في القوانين الحديثة مركز البائع بضمانات متعددة تكفل له استيفاء الثمن الذي يستحق مقابلًا للشيء المبيع . فأجاز له أن يمتنع عن تسليم المبيع وحجبه تحت يده إذا كان الثمن مستحق الدفع حالا حتى يستوفي ما هو مستحق له ، بل ويجوز له الحبس أيضاً إذا سقط بحق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ (م ٤٥٩) . ويحق للبائع أيضاً أن يطالب بفسخ البيع ، ورد الشيء المبيع إذا كان قد تم تسليمه .

وقد دعم هذه الضمانات المتقدمة ، بتقرير امتياز على المنقول المبيع ، ضماناً للوفاء بالثمن المستحق وملحقاته . وقد جاء هذا الامتياز وليد تطور تاريخي طويل . فكان القانون الروماني يتي على ملكية البائع ، إذا كان الثمن مستحق الأداء ، حتى يقوم المشتري بدفعه . ولما انتشرت البيوع بأثمان مؤجلة ، أقرت الشرائع القديمة شروطاً تقليدية في عقد البيع ، تجيز للبائع إسترداد المبيع حتى يتم الوفاء بالثمن . وكانت حيازة المشتري خلال هذه الفترة مجرد حيازة عرضية .

لم يعد هذا الضمان القديم ملائماً لأحكام القوانين الحديثة ، بعد أن استقرت أحكامها على أن المشتري يمتلك المنقول فور التعاقد إذا كان معيناً بالبدل ، وبالإفراز إذا كان التعيين نوعياً . وقد اقتضت حاجات الإثمان الحديث ، انتشار البيوع بالتقسيط . واقتران تنفيذ التزام المشتري بأداء الثمن بأجل قد يمتد فترة غير قصيرة . ومن هنا كانت خير أداة لتمكين البائع من ضمان خاص ، هو تقرير امتياز على الشيء المبيع ضماناً للوفاء بالثمن وما يتصل به من ملحقات .

ويؤسس هذا الامتياز ، في تقدير الفقه السائد ، على أن البائع صاحب الفضل في وجود المبيع لدى المدين ، وهو بهذه المثابة أولى من الدائنين الآخرين بالأفضلية في استيفاء حقه من ثمن هذا الشيء . بل ولعل هذا الضمان الخاص ، فيه تشجيع لمنح الاثمان ، وتيسير على الأفراد في الحصول على حاجتهم مقابل دفع مؤجل التنفيذ .

نطاق الأفضلية : تنصرف الأفضلية بنص القانون إلى الثمن ، وما يتصل به من ملحقات . والمقصود بالملحقات هي الفوائد التي قد تستحق عن الثمن ، والمصروفات التي يقع على المشتري التزام بأدائها ، كذلك التي أنفقها البائع في المطالبة بالثمن .

أما التعويضات التي يلتزم المشتري بها ، فهي لا تدخل في نطاق الأفضلية ولا تعتبر ديناً ممتازاً . وفي هذا الصدد يختلف هذا الامتياز عن امتياز مؤجر العقار من حيث المبالغ المضمونة .

ويصدق وصف الثمن أيضاً ، على المعدل الذي يستحق في حالة المقايضة . فإذا تمت المبادلة بين شيئين ، واستحق لمالك أحدهما معدل يمثل زيادة قيمة الشيء الذي نقل ملكيته ، فإن حقه في استيفاء المعدل يعتبر ديناً ممتازاً .

وإذا اقترض المشتري الثمن ، فإن المقرض يحمل محل البائع في امتياز ، مادام قد ذكر في عقد القرض أن المال خصص للوفاء بالثمن ، وفي المخالصة أن دفع الثمن كان من هذا المال . ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة في الحلول الاتفاقية الواردة في نص المادة ٣٢٨ .

وعاء الأفضلية : يتضمن وعاء الأفضلية المنقول المبيع فقط ، فيحق للبائع أن يستوفي دينه من المقابل النقدي لهذا المنقول حسب المرتبة التي يخولها له القانون . وعلى هذا النحو إذا هلك المبيع أو تلف واستحق عنه تعويض أو مبلغ تأمين ، يجوز للبائع أن يباشر امتيازَه على هذا المقابل ، وذلك تطبيقاً للإحالة التي جاءت في نص المادة ١١٣٥ ، فقضت بسريان أحكام هلاك أو تلف الشيء المرهون على حقوق الامتياز (١) .

(١) راجع ماتقدم في انقضاء الامتياز فقرة ٢١٦ - وانظر أيضاً فقرة ٩٢ وما بعدها في الرهن الرسمي .

ويبقى المنقول مثقلاً بالامتياز مادام محتفظاً بذاتيته . إذ يشترط لبقاء الامتياز أن تكون معالم المنقول ظاهرة بينه بحيث يمكن التعرف عليه *reconnaissable* . فإذا كان التغيير مادياً دون أن يفقده معالمه وذاتيته ، فهنا يظل حق البائع في الامتياز قائماً ، مثال ذلك أن يصنع القماش ثياباً ، أو الخشب أثاثاً . ومن باب أولى يصدق هذا الحكم إذا كان التغيير الذي أصاب المنقول حكماً ، أى أنه تقرر على سبيل الافتراض القانوني . ويتحقق ذلك بتخصيصه لخدمة العقار أو استغلاله . هنا يصبح المنقول عقاراً بحكم القانون نتيجة هذا التخصيص ، ولكنه لا يفقد ذاتيته ، بل يظل متضح المعالم ، صالحاً لمباشرة امتياز البائع عليه أما إذا كان التغيير الذي لحق المنقول ، قد أفقده معالمه ، فتلاشت ذاتيته ، فهنا ينقضى الامتياز ، ومثال ذلك المنقولات التي تستخدم في البناء كالأحجار وغيرها ، فهي تندمج فيه ، على نحو يزيل كيانها (١) .

مرتبة الامتياز : يحتل بائع المنقول ، طبقاً لنص المادة ١١٤٥ ، المرتبة التالية لامتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق ، وهى المرتبة السابعة بين حقوق الامتياز العامة والواقعة على منقول .

وتطبيقاً للحكم المتقدم إذا وضعت منقولات مبيعة ، (لم يدفع المستأجر ثمنها) في عين مؤجرة ، أو نزل شخص في فندق بأمتعة لم يستوف البائع ثمنها ، فهنا يتقدم امتياز مؤجر العقار ، وصاحب الفندق على امتياز بائع المنقولات .

على أنه ينبغى الإشارة أن أساس هذه الأفضلية ، هو الحيازة القانونية التي أسندها المشرع للمؤجر وصاحب الفندق . ومقتضى هذه الحيازة أنه إذا توافر لدى أحدهما حسن النية ، جاز له أن ينكر كل امتياز مقرر على المنقولات ، حتى ولو كان متقدماً عليه في المرتبة كما سبق البيان (٢) . ومن باب أولى

(١) : (١) بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٥١٢ - كولان وكابيتان ج ٤ فقرة ١٨٤٧ .

(٢) راجع ماتقدم امتياز مؤجر العقار ، وامتياز حفظ المنقول وترمييه .

يستطيع مؤجر العقار ، أو صاحب الفندق أن يتجاهل حق الامتياز المتأخر عنه في المرتبة بنص القانون ، كما هو الحال في امتياز بائع المنقول .

ولكن المشرع قد قضى ، بأن الأفضلية المقررة لمؤجر العقار أو صاحب الفندق تنتفي الحكمة منها ، إذا ثبت علمه بأن المنقولات التي تعلق بها حقه لم يدفع ثمنها للبائع . ولعله في هذا الحكم ينفي عن المؤجر وصاحب الفندق حسن النية ، وبالتالي يجردهما من الحماية التي أضفها عليها . هكذا جاء نص م ١١٤٥ مقررأ في فقرته الأخيرة «يسرى امتياز بائع المنقول على مؤجر العقار وصاحب الفندق إذا ثبت أنها كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرأ والفندق» .

اصطدام امتياز البائع بحقوق الغير حسن النية : قدر المشرع أن المنقولات بحكم طبيعتها ميسورة التداول ، وأنها بهذه المثابة قد تتعلق بها حقوق الغير ، دون أن يتيسر لهم العلم بوجود امتياز البائع عايبا . بل ولعله أيضاً راعى أن هذا الامتياز لا يخضع إلى أى إجراء يكفل له النشر والعلانية ، كما هو الحال مثلاً في الحيازة الحكمية التي أسندها لمؤجر العقار أو صاحب الفندق . ومن هنا جاء نص المادة ١١٤٥ مقررأ أن امتياز بائع المنقول يبقى قائماً ، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية .

تطبيقاً للحكم المتقدم ، إذا انتقلت حيازة المنقول إلى شخص توافر لديه حسن النية والسبب الصحيح ، يمتنع على البائع الاحتجاج بامتيازاه في مواجهته . وليس هذا الحكم أيضاً سوى محض تطبيق لنص المادة ١١٣٣ التي تقضى بأنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن النية (١) . على أن البائع يحق له إذا كان المتصرف إليه لم يدفع الثمن ، أن يحجزه تحت يده ليباشر حقه في

(١) ويعتبر هذا الحكم أيضاً تطبيقاً للمادة ٢/٩٧٦ التي تقضى بما يأتي « إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها » .

الامتياز ، وإذا كان لم يتسلم المنقول بعد ، يجوز للبائع أن يستعين بحكم المادة ١١٣٣ في فقرتها الثالثة ، ومقتضاها أنه إذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديده المنقول المثقل بحق امتياز جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

كذلك أيضاً لا يحتاج بهذا الامتياز ، على الدائن المرتهن رهن حيازة ، إذا توافر لديه حسن النية والسبب الصحيح وقت انتقال حيازة المنقول إليه .

وقد أشرنا من قبل في دراسة مفصلة ، أنه لا يحتاج بامتياز بائع المنقول أيضاً على الدائن المرتهن رهنأ رسمياً ، إذا خصص المنقول المبيع لخدمة العقار أو استغلاله ، فتعلق حق الدائن به بوصفه من مباحقات العقار (١) .

ولعل خير الوسائل لحماية البائع من المفاجئات المتقدمة ، أن يتربص للمشتري ويراقب تصرفه في المنقول وحينئذ يبادر بإخطار الغير الذي تعاق حقه به ، بأن المنقول لم يدفع ثمنه ، وأن امتيازاه عليه لا زال قائماً . هنا تنبئ حسن النية ، وهو الشرط الأساسي الذي استلزمه المشرع لعدم سريان امتياز بائع المنقول على الغير .

٢٤٠ - امتياز متقاسم المنقول :

”جاء النص على هذا الامتياز في المادة ١١٤٦ بقولها «للشركاء الذين اقتسموا منقولا ، حق امتياز عليه تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل . وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فاذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ » .

أساس هذا الامتياز ، أن العدالة تقضي بتمكين المتقاسم من استيفاء دينه بالأولوية من المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الآخر ، إذا كان استحقاق

(١) راجع ماتقدم فقرة ٩١ - وانظر أيضا بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٩٣ - بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٥١٢ .

هذا الدين نائجاً عن القسمة . وبذلك يتأسس امتياز المتقاسم على فكرة إيجاد الشيء في ذمة المدين التي يستند إليها امتياز البائع .

وهو امتياز يسرى على جميع أنواع القسمة أياً ما كان سبب الشيوع ، وبصرف النظر عن إيقاع القسمة بطريقة ودية أو قضائية .

يتناول نطاق الأفضلية المبالغ الآتية : ١ - معدل القسمة الذي يلتزم أحد المتقاسمين بدفعه لشريك آخر ، مقابل زيادة قيمة الشيء الذي وقع في نصيبه . ٢ - التعويض الذي قد يستحق في ذمة المتقاسم بسبب استحقاق نصيب متقاسم آخر (م ٨٨٤ مدني) . ٣ - وهو يضمن أخيراً المبلغ الذي يلتزم به المتقاسم ، إذا ما بيع المنقول المملوك على الشيوع لعدم إمكان قسمته عيناً واشتراه أحد الشركاء .

ويتضمن وعاء الأفضلية الحصة المفروزة التي وقعت في نصيب المتقاسم المدين بأحد المبالغ المتقدمة . فيرد الامتياز ضماناً للوفاء بالمعدل أو التعويض على المنقول الذي اختص به الشريك الآخر ، وينصب في حالة عدم دفع الثمن ، على الشيء الذي اشتراه الشريك لعدم إمكان قسمته عيناً .

يحتل هذا الامتياز نفس المرتبة التي كفلها المشرع لامتياز البائع ، فإذا تراخى قدم الأسبق . فإذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع ، وإن كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم (١) .

المبحث الرابع

الامتيازات العقارية الخاصة

٢٤١ - امانة الى أخطام الرهن الرسمي

نظم التقنين المدني نصوصه بحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار ، وهي امتياز بائع العقار ، وامتياز المقاول والمهندس المعماري ، وامتياز المتقاسم في العقار وقد جاء في التقنين المدني في غير الباب الأخير ، امتياز عقارى خاص للقرض الذى يمنحه اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٩) .

وقد بينا فيما تقدم (١) أن حقوق الامتياز الواقعة على عقار ، تسرى عليها أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق . وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيود وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو .

وعلى هذا النحو نحيل في دراسة أحكام هذه الامتيازات ، إلى كافة ما تقدم في الرهن الرسمي . بل ولقد اتجه الفقه المقارن إلى بحث هذه الحقوق مع الرهن الرسمي في صعيد واحد ، باعتبار أن الاختلاف الوحيد الذى يفصل بينهما يقتصر على مصدر الحق العيني التبعي الذى يتقرر للدائن . هذه الحالة تصدق بصفة خاصة على كل ما قلدهناه بشأن آثار الرهن الرسمي ، من حيث الأفضلية والتتبع وكل ما بيناه بصدد سريان حق الدائن على الغير .

٢٤٢ - مرتبة الامتياز العقارى

نصت المادة ٤٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن تكون مرتبة حق

(١) راجع ما تقدم ص ٥٨٠ .

الامتياز العقاري من وقت قيده ، ولو كان العقد الذى انشأه مسجلاً . وهو نص مطابق لما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ١١٤٧ فى التقنين المدنى .

على هذا النحو تتحدد مرتبة الامتياز العقاري وفقاً لتاريخ القيد . والأسبقية فى القيد هى القاعدة العامة التى تحكم نزاحم الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن الامتيازات العامة ، كما مضت الإشارة ، لا تخضع للشهر ، ومع ذلك يتقدم أصحابها على الدائن المرتهن ، والدائن المزود بامتياز عقارى خاص . وفى هذا الصدد نحيل إلى دراستنا فى النزاحم على الأفضلية فى باب الرهن الرسمى ، وأحكام الامتيازات العامة فى الفصل السابق

كذلك أيضاً أعفى المشرع من الشهر الامتياز المقرر للخزانة العامة ضماناً للوفاء بالضرائب المستحقة عن العقار . وهو رغم إعفائه من الشهر يتقدم على الحقوق المقيدة بصريح نص المادة ١١٣٤ ، ١١٣٩ . ونحيل فى هذا الصدد أيضاً إلى دراستنا لترتيب حقوق الامتياز فى الفصل السابق ، وبحسبنا لامتياز الخزانة العامة .

وأخيراً نلفت النظر إلى أن قاعدة الأسبقية فى القيد لا تلقى تطبيقاً مطلقاً بشأن امتياز المقاول والمهندس المعماري ، وامتياز المتقاسم فى العقار كما سنشير فيما يلى :

٢٤٣ - امتياز بائع العقار

تنص المادة ١١٤٧ على ما يأتى «ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع - ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً وتكون مرتبته من وقت القيد» .

نطاق الأفضلية : يتحدد نطاق الأفضلية بالثمن المستحق في ذمة البائع وما يتصل به من ملاحقات ، سواء كان هذا الثمن مستحق الأداء أو مؤجلاً ، وبصرف النظر عن طريقة أدائه ، فيبقى الامتياز قائماً يضمن الوفاء بآخر الأقساط المستحقة . وقد يكون الثمن إيراداً مرتباً بمدى الحياة ، وهنا أيضاً يكون الامتياز ضامناً للوفاء به في مواعيده الدورية (١) . بل ويكفل هذا الضمان استيفاء المبدل المستحق لأحد طرفي عقد المقايضة مقابل الزيادة في قيمة العقار الذي نقل ملكيته إلى الغير ، لأن العقد في حدود هذه الزيادة يأخذ حكم البيع .

وإذا نقل المدين ملكية عقار مملوك إلى دائنه مقابل الوفاء بمدين مستحق عليه ، وكانت قيمة العقار تجاوز قدر الدين ، فإن المبلغ الذي يستحق في ذمة الدائن ، يعتبر ديناً ممتازاً ، ويتقرر للمدين امتياز البائع على العقار ضماناً لاستيفائه ويستند هذا الحكم إلى أن الوفاء بمقابل إذا كان يتضمن نقل ملكية شيء للدائن ، يسرى عليه أحكام البيع (م ٣٥١) .

ويثبت امتياز البائع لمن يقرض المشتري مبلغاً من النقود ، ليدفع به ثمن العقار بشرط أن يذكر في عقد القرض الغرض منه ، وأن يذكر في مخالصة الوفاء بالثمن أنه دفع من المال المقرض . وهذا تطبيق للقاعدة العامة التي وردت في الحلول الاتفاقي ، ومقتضاها أنه يجوز للمدين إذا اقترض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر في القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفي المخالصة أن الوفاء كان من المال الذي أقرضه الدائن الجديد (م ٣٢٨) . ويترتب على هذا الحل أن يحل الدائن الموفى محل الدائن الأصلي في كافة التأمينات التي تضمن الوفاء بالدين . ويتحدد نطاق الأفضلية ، وفقاً لنص القانون ، بثمن العقار كما قدمنا وملاحقاته . والمقصود بالملاحقات هو ما قد يستحق عن الثمن من فوائد ، ومصروفات المطالبة به . ويتجه جانب من الفقه إلى التوسع في معنى المصروفات بحيث تشمل ما قد ينفقه البائع لحساب المشتري ، ويكون له الحق في الرجوع

به ، كمصروفات العقد أو السمسرة أو رسوم التسجيل . ولعل صفة ملحقات الثمن تجعل من العسير إلحاق هذه المصروفات بالديون المضمونة بالامتياز ، ولذا يبدو لنا أن رجوع البائع بها يقتصر على صفته كدائن عادي (١) .

ولكن لا يضمن الامتياز التعويضات التي تستحق على المشتري نتيجة لفسخ التعاقد أو التأخير في التسليم . ، حتى ولو اتفق على مقدارها في العقد بموجب شرط جزائي (٢) .

وعاء الأفضلية : يقع الامتياز على المقابل النقدي للعقار المبيع ، سواء كان منزلاً أو أرضاً راعية . ويشمل وعاء الأفضلية ملحقات العقار بالمعنى الذي فصلناه في الرهن الرسمي ، فهو يشمل العقارات بالتخصيص والتحسينات والمنشآت ، وكذلك يمتد إلى الثمار التي تلتحق بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية (٣) .

مرتبة الامتياز : هذه المرتبة تتحدد على أساس تاريخ قيد الامتياز ، وهو واجب القيد حتى ولو كان عقد البيع مسجلاً أي أن تسجيل البيع لا يكفي وحده لسريان امتياز البائع في مواجهة الغير (م ٤٧ شهر عقارى) .

٢٤٤ - امتياز المقاول والمهندس المعماري :

جاء هذا الامتياز في المادة ١١٤٨ من التقنين المدني . وقد قدمنا بشأن المنقول أن المشرع جعل مصروفات حفظه وترميمه ديناً ممتازاً ، وهو امتياز يستفيد منه أى شخص ينفق هذه المصروفات . أما هنا فالامتياز يرد على العقار

(١) راجع في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٦٦ . قارن بودان وفوران ج ١٤ فقرة ٥٠٣ - بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٦٤٢ .

(٢) تصدق على الأفضلية كافة ما قدمناه من أحكام بشأن الرهن الرسمي ولذا نكتفي بالإحالة إلى دراستنا السابقة .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه الإشارة السابقة .

ويتقرر لصالح المقاول والمهندس المعماري فقط . والحكمة من تقريره ، هي أن هؤلاء الأشخاص قد ساهموا في وجود العقار أو في الإبقاء عليه .

نطاق الأفضلية : يتضمن ما يستحق مقابل تشييد أو إعادة تشييد أو ترميم أو صيانة أو حفظ عقار من العقارات . ويلاحظ في هذا الشأن أن الامتياز محدود من حيث الأشخاص ، فهو لا يفيد إلا المقاول أو المهندس المعماري . وهو يتقرر لأحد منهم إذا ما عهد إليه بهذا العمل . أما إذا قام به متفضلاً من تلقاء نفسه فلا يتمتع بامتياز . أي أنه امتياز مقرر للمهندس أو المقاول إذا باشر حرفته بتكليف من أحد عملائه . وهو يختلف من هذه الناحية عن امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه ، الذي لا يشترط بشأنه أن يكون منفق المصروفات قد عهد إليه بهذا العمل .

هذا الامتياز لا يثبت للمقاول من الباطن ، وإن كان المشرع قد هياأ له دعوى مباشرة يسعى بها إلى رب العمل سعيًا شخصيًا مباشرًا . وهي دعوى مزودة بامتياز على الدين المستحق في ذمة رب العمل لصالح المقاول الأصلي . وإذا ما أوقع المقاول من الباطن حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد رب العمل ثبت له امتياز على الدين المحجوز (م ٦٦٢ من التقنين المدني) .

ويتحدد نطاق هذا الامتياز بأعمال التشييد والبناء فقط . ومن ثم فهو لا يثبت لمقاول قام بإصلاح أراضي زراعية ، بأن جفف ما فيها من مستنقعات مثلاً وإذا توافرت الشروط المتقدمة فإن هذا الامتياز يثبت للمستفيد منه عن المبالغ المستحقة له بصرف النظر عن كونها مصروفات ضرورية أو نافعة . وفي هذا الشأن يختلف امتياز المقاول والمهندس المعماري عن امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه . إذا لا يمتد الامتياز الأخير إلى المصروفات النافعة والكمالية وإنما يقتصر فقط على المصروفات الضرورية .

وعاء الأفضلية : إذا ما استحق للمقاول أو المهندس مبلغ في ذمة رب العمل

مقابل ما قام به من أعمال تشييد أو ترميم أو صيانة ، فإن هذا المبلغ يكون ديناً ممتازاً ، ولكن الأفضلية لا ترد على المقابل النقدي للعقار كله . بل تقتصر فقط على ما زاد من قيمة العقار بسبب الأعمال الجديدة ، وفي حدود ما يبقى قائماً من هذه الزيادة وقت بيع العقار (١) . والأمر في تقدير الزيادة خاضع لسلطان القاضي .

وقد أشارت إلى هذا الحكم م ١١٤٨ صراحة بقولها «يكون الامتياز على المنشآت بقدر ما يكون زائد بسبب أعمال المفاوض أو المهندس في قيمة العقار وقت بيعه» .

مرتبة الامتياز : تقضى م ١١٤٨ بوجوب قيد الامتياز وتحتسب مرتبته من وقت القيد ، ويسرى على إجراءاته ما قدمناه بشأن الرهن الرسمي من أحكام وإذا تراحم عدة دائنين أصحاب حقوق مقيدة ، فالعبرة بالأسبقية في القيد. هذا المبدأ يرد عليه ، كما سبق البيان ، استثناء جاء في م ١٠٣٦ (٢) . خلاصته أن حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً يمتد إلى التحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، على أن ذلك لا ينبغي أن يضر بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين . وحكمة المشرع في هذا الاستثناء هو خشيته من أن يحجم المقاولون أو المهندسون عن التشييد في عقارات مرهونة ، أو إقامة تحسينات فيها . ذلك أن المقاول أو المهندس إذا وجد أن حقه سيقدم عليه حق الدائن المرتهن باعتبار أن الرهن يشمل التحسينات والمنشآت ، فقد يمتنع عن القيام بالأعمال التي عهد إليه بها . لهذا حرص المشرع على أن يبعث في نفسه الطمأنينة ، فقرر عدم الإضرار بامتيازهم حتى ولو كان العقار مرهوناً رهناً

(١) فإذا بقى مقاول مثلاً منزلاً على قطعة أرض تقدر بمبلغ ١٠ آلاف جنيه ، وطرح العقار بما عليه من بناء للبيع بالمزاد وكانت الأرض وقت البيع كما هي ، وبيع العقار كله بمبلغ ٢٥ ألف جنيه فإن امتياز المقاول ينحصر في المقابل النقدي للزيادة في قيمة العقار مقدرة وقت البيع ، أى ينحصر في مبلغ ١٥ ألف جنيه .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ١٠٣ .

رسمياً . هذه الحكمة المتقدمة تنطبق إذا قام المهندس أو المقاول بتحسينات أو إنشاءات على عقار غير مرهون ، ثم ارتهن بعد ذلك . لأن الأصل في هذه الحالة هو وجوب مبادرة المهندس أو المقاول إلى قيد حقه حتى يحتل مرتبته القانونية في مواجهة الغير . فإن أحجم ، فليس من العدل أن يتحمل الدائن المرتن نتيجة هذا الإهمال (١) .

٢٤٥ - امتياز المتقاسم في العقار :

هذا هو الامتياز الذي نختتم به المشرع التقنين المدني ، وجاء النص عليه في المادة ١١٤٩ التي تقر ما يأتي «لشركاء الدين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد» .

حكمة هذا الامتياز هي تحقيق المساواة بين المتقاسمين لضمان الوفاء بالديون المترتبة على القسمة أو بمناسبة . وأساسه المتعارف عليه هو أن المتقاسم ساهم في إلحاق العقار في ذمة الشريك . فمن العدل أن ييسر له استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار قبل غيره من الدائنين .

نطاق الإفضلية : يتحدد على ضوء ما يستحق للمتقاسم في ذمة الشريك الآخر بسبب القسمة ومناسبتها . ويتضمن معدل القسمة وثمان التصنيعة والتعويض الذي قد يستحق لأحدهما قبل الآخر بموجب ضمان الاستحقاق إذا ما استحق نصيب المتقاسم لشخص أجنبي . كذلك أيضاً يضمن الوفاء بالفوائد المستحقة عن أي مبلغ من المبالغ المتقدمة .

(١) راجع في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٧٢ . محمد علي امام فقرة ٤٨٣ .

وعاء الأفضلية يختلف بحسب الديون المضمونة . فالنسبة لمعدل القسمة يرد على العقار الذى وقع فى حصة الشريك الذى التزم بدفع المعدل . فاذا كان (أ) و (ب) يملكان منزلين على الشيوع واختص كل منهما بمنزل على أن يدفع (أ) إلى (ب) مبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فان دين (ب) يكون ممتازاً ووعاء أفضليته هنا هو المقابل النقدي للمنزل الذى يملكه (أ) . وبالنسبة لثمن التصفية ترد الأفضلية على العقار الذى تمت تصفيته بالبيع . فاذا بيع العقار ورسا المزايد على أحد الشركاء فان الآخرين يكون لهم حق امتياز بقدر ما هو مستحق لهم ، ووعاء الأفضلية هو العقار الذى اختص به الشريك . أما إذا كان الامتياز ضامناً للتعويض المحكوم به لامتقاسم إذا ما استحق نصيبه لأجنبى ، فهنا يحق لامتقاسم أن يرجع على الشركاء الآخرين ويلزم كل منهم بنصيب فيما لحقه من خسارة ، ويكون رجوعه مكفولاً بامتياز مقرر على الحصة التى آلت لكل شريك .

مرتبة الامتياز : تتحدد المرتبة بتاريخ إجراء قيد الامتياز . على أنه جدير بالذكر الإشارة إلى حكم سبق بيانه ، ومقتضاه أن امتياز المتقاسم يتقدم على حق الدائن المرتهن الذى انتقل رهنه بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير التى ارتبها حتى ولو أجرى القيد بالحديد المنصوص عليه فى م ١٠٣٩ فى خلال ٩٠ يوماً من تاريخ إخطاره بالقسمة . فالرهن بهذا القيد بالحديد وإن كان يظل متمتعاً بمرتبة القديمة ، ولكنه يتأخر عن امتياز المتقاسم الذى يضمن الوفاء بما يستحق له فى مواجهة الشريك (١) .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن حقوق الامتياز العامة ، وكذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، وحقوق الامتياز المقرر للمصروفات القضائية ، إذا وردت على عقار لا يلزم فيها الشهر بنص القانون ، ومع ذلك

(١) راجع ما تقدم ص ١١٢ وما بعدها .

فهى تتقدم على الامتيازات العقارية الخاصة .

هذا الحكم تقرر فى الفقرة الثانية من م ١١٣٤ ، ١١٣٩ بالنسبة للامتيازات العامة والامتيازات الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، وفى الفقرة الثانية من م ١١٣٨ بالنسبة للمصروفات القضائية .

٢٤٦ - امتياز القرض الذى يمنحه اتحاد ملاك الطبقات :

تنص المادة ٨٦٩ على ما يأتى « كل قرض يمنحه الاتحاد (اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد) أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته يكون مضموناً بامتياز على الجزء المقرض الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار . وتحتسب مرتبة هذا الامتياز من تاريخ قيده » .

وواضح من النص المتقدم أنه يعالج صورة ملكية الطبقات فى البناء . وقد وضع المشرع تنظيمًا خاصاً لإدارة الأجزاء المشتركة ، يتأسس على تكوين اتحاد يضم الملاك جميعاً .

ويضمن الامتياز من حيث نطاق الأفضلية القروض التى تمنح لأحد الملاك لتمكينه من القيام بالتزاماته الناشئة عن اشتراكه فى العقار . أما إذا كان القرض لغرض آخر فهو لا يدخل فى نطاق الدين الممتاز .

ويتحدد وعاء الأفضلية بالجزء المقرض المملوك ملكية خالصة للمالك المقترض ، والحصصة الشائعة فى الأجزاء المشتركة للعقار .

ويخضع الامتياز من حيث مرتبته للقاعدة العامة فى وجوب شهر الامتياز ، وحسم التزامهم بين الحقوق المقيدة على العقار وفقاً للأسبقية فى القيد .

بيان تحليلي لموضوعات الكتاب

باب تمهيدى فى تأصيل نظرية التأمينات

صفحة	فقرة
٩	١ - ارتباط نظرية التأمينات بتنفيذ الالتزام
١٠	٢ - المسائل التى يعالجها فى هذا الباب التمهيدى
١١	٣ - التنفيذ العيى للا التزام غاية الدائن الأساسية
١٤	٤ - التنفيذ عن طريق التعويض غاية الدائن الاحتياطية
١٥	٥ - التنفيذ بمقابل لا ينشئ التزاماً جديداً فى ذمة المدين
١٦	٦ - خلاصة
١٦	٧ - الضمان العام للدائنين
١٦	٨ - جميع أموال المدين تضمن الوفاء بديونه
	«نقد فكرة الذمة المالية - تفسير الضمان العام بمنصرى المديونية والمسئولية فى الالتزام» .
٢٠	٩ - جميع الدائنين متساوون فى سعيهم نحو أموال المدين إلا من تمتنع بالأفضلية بنص القانون «الأساسى التاريخى والقانونى والاقتصادى لقاعدة المساواة» .
٢٣	١٠ - مخاطر الضمان العام
٢٤	١ - المساواة بين الدائنين ونظام الاعسار
٢٦	٢ - حرية المدين فى التصرف وقيودها
٣١	١١ - النظام القانونى قوامه هدف وأداة
٣٢	١٢ - هدف التأمينات
٣٣	١٣ - الصلة الوثيقة التى تربط التأمينات بالائتمان
٣٤	١٤ - أدوات التأمينات
٣٥	١٥ - الأدوات الشخصية
	«الاشتراط لمصلحة الغير - الانابة القاصرة - التضامن - عدم قابلية الالتزام للا تقسام - الكفالة» .

صفحة	فقرة
٣٩	الأدوات العينية ... - ١٦
٤١	إفراد قسم خاص لدراسة الحق في الحبس والدعوى المباشرة ... - ١٧
٤٣	التأمينات كقاعدة عامة لنظم قانونية تابعة ... - ١٨
٤٤	خطة البحث ... - ١٩

الجزء الأول

النظم القانونية للتأمينات العينية

نظرة عامة

٤٧	ظهور التأمينات العينية ... - ٢٠
٤٩	فائدة التأمينات العينية ... - ٢١
	الدائن المزود بتأمين عيني يتمتع عليه بصفة مؤقتة التنفيذ على أموال
٥١	المدين الأخرى ... - ٢٢
٥٣	التأمينات العينية لا تتقرر إلا بالطريقة التي بينها القانون ... - ٢٣
٥٥	التأمينات العينية والحقوق العينية التبعية ... - ٢٤
٥٦	تحديد معيار الحقوق العينية بصفة عامة ... - ٢٥
٥٨	تطبيق المعيار المتقدم على الحقوق العينية التبعية ... - ٢٦
٦٢	الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية ... - ٢٧
٦٤	الصياغة المقترحة للحقوق العينية التبعية ... - ٢٨
٦٥	خطة البحث ... - ٢٩

الباب الأول

الرهن الرسمي

٦٦	تعريف الرهن الرسمي ... - ٣٠
٦٧	المصالح التي يمسها الرهن الرسمي ... - ٣١
٦٩	خصائص الحق الذي يتقرر لصالح الدائن المرتهن ... - ٣٢
٧٠	حق عيني ...
٧٣	حق تبعي ...

صفحة	فقرة
٧٧	حق لا يتجزأ
٧٨	حق عقارى
٧٩	خطة البحث - ٣٣
٨٠	الفصل الأول: انشاء الرهن الرسمى
٨٠	تقسيم - ٣٤
	المبحث الأول: الأحكام المتصلة بعلاقة الدائن بالراهن
٨١	خروج المشرع فى الرهن عن القواعد العامة فى رضائية العقود ... - ٣٥
	المطلب الأول: العنصر الجوهرى - الأحكام الموضوعية فى إنشاء الرهن
٨٢	الرسمى
٨٢	المسائل التى نعالجها - ٣٦
٨٢	أولاً - الراهن :
٨٢	الراهن - ٣٧
٨٣	أهلية الراهن - ٣٨
٨٤	ملكية الراهن للمقار المرهون - المسائل التى نعالجها - ٣٩
٨٦	رهن ملك الغير - ٤٠
٨٨	تحليل وتأصيل حكم المادة ١٠٣٣
٩٥	طبيعة رهن ملك الغير وتصحيحه
٩٨	يجوز أن تكون ملكية الراهن احتمالية - ٤١
٩٩	يصح أن تكون ملكية الراهن شائعة - ٤٢
٩٩	الأسس الفنية التى نستهدى بها فى بيان الحلول التى قررها القانون ... - ٤٣
١٠٧	الرهن الصادر من جميع الشركاء - ٤٤
١٠٨	انفراد أحد الشركاء أو بعضهم بتقرير الرهن - ٤٥
١١٠	رهن كل العقار الشائع
١١١	رهن الحصة الشائعة
١١٣	رهن الحصة المفروزة
١١٦	تعلق حق الدائن بالمقابل النقدى المستحق للشريك الراهن ...
	٤٥-مكرر استجابة المشرع فى الحلول السابقة للاصول الفنية التى تحكم
١١٧	الشيوع - حماية خاصة بالدائن المرتهن رهناً رسمياً
١٢١	حماية الأوضاع الظاهرة - رهن المالك الظاهر - ٤٦
١٢٣	حكم رهن المالك بسند صورى
١٢٦	حكم رهن الوارث الظاهر

صفحة	فقرة
١٣١	٤٧ - حماية الدائن المرتهن حسن النية من زوال الملكية بأثر رجعى ...
١٤٠	٤٨ - رهن المباني المقامة على أرض الغير
١٤٥	٤٩ - خلاصة الأحكام المتعلقة بملكية الراهن للعقار المرهون
١٤٦	ثانياً : الا لزام المضمون
١٤٦	٥٠ - خضوع الا لزام المضمون لقاعدة تخصيص الرهن
١٤٩	ثالثاً : الشيء المرهون
١٤٩	٥١ - تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون
١٥١	٥٢ - الشروط الواجب توافرها فى العقار المرهون
١٥٢	١ - يجب أن يكون عقاراً بطبيعته
١٥٦	٢ - أن يكون بما يصح التعامل فيه (شرط المنع من التصرف) ...
	٣ - أن يكون مما يجوز بيعه بالمزاد (عدم جواز التنفيذ على
١٥٧	الملكية الزراعية فى حدود خمسة أفدنة)
١٥٩	٤ - أن يكون مميئاً بالذات
١٦١	٥٣ - ملحقات العقار
	«العقار بالتخصيص - حقوق الارتفاق - التحسين والانشاء -
	الثمار» .
١٦٩	المطلب الثانى : العنصر الشكلى الرسمية
١٦٩	٥٤ - الرسمية والحكمة من تقريرها
١٧٢	٥٥ - الوعد بالرهن
١٧٥	٥٦ - الوكالة فى الرهن
١٧٧	المبحث الثانى : الأحكام المتصلة بمصالح الغير - قيد الرهن ...
	٥٧ - النصوص القانونية - القيد لإجراء شكلى واجب لمباشرة الأفضلية
١٧٨	والتتبع
١٨١	٥٨ - التنظيم القانونى للقيد - إحالة إلى قانون الشهر العقارى
١٨٢	٥٩ - الخطوات التى رسمها المشرع لإجراء القيد
١٨٢	المرحلة التمهيدية للتحقق من صلاحية الرهن للشهر
١٨٤	المرحلة النهائية التى يتم قيد الرهن بمقتضاها
١٨٥	٦٠ - وجوب تحرى الدقة فى الإجراءات - أثر الشكل على مضمون الحق

صفحة	فقرة
١٨٦	٦١ - البيانات القانونية في قائمة القيد
١٩٠	٦٢ - جزاء تخلف بعض البيانات المقدمة أو الخطأ فيها
١٩٥	«الخطأ في ذكر المبلغ المبين بقائمة القيد»
١٩٥	٦٣ - تحديد معنى الغير في أحكام القيد
١٩٧	٦٤ - تجديد القيد
٢٠١	مقارنة بين القيد الأصلي وتجديد القيد
٢٠٢	٦٥ - التأشير في هامش القيد
٢٠٧	٦٦ - شطب الرهن أو محو القيد
٢٠٧	صور شطب القيد
٢٠٨	السند القانوني للشطب (المحو الإرادي والقضائي)
٢١١	٦٧ - إزالة الشطب - ما يترتب عليها من آثار
٢١٤	٦٨ - الأحوال التي لا يترتب فيها القيد آثاره
٢١٤	١ - تسجيل تنبيه نزع الملكية
٢١٧	٢ - شهر إفلاس المدين التاجر
٢١٨	٣ - الطعن في سند ملكية الراهن بالدعوى البوليصة
٢٢٠	حالات خلافة (شهر اعسار المدين غير التاجر - وفاة الراهن)
٢٢٣	٦٩ - أثر النش على الأسبقية في القيد
٢٢٦	الفصل الثاني : آثار الرهن الرسمي
٢٢٦	تقسيم
٢٢٨	المبحث الأول : علاقة الدائن المرتهن بالراهن
٢٢٨	٧٠ - الفترة السلمية التي تسبق التنفيذ على العقار
٢٢٨	٧١ - أثر حق الدائن المرتهن على سلطات مالك العقار المرهون
٢٢٩	٧٢ - التزام الراهن بضمان سلامة الرهن - حكم هلاك العقار أو تلفه
٢٣١	المطلب الأول سلطة الراهن في استعمال العقار
٢٣١	٧٣ - الحد من حرية المالك في استعمال العقار
٢٣٤	المطلب الثاني : سلطة الراهن في الاستغلال
٢٣٤	٧٤ - حق الراهن في استغلال العقار
٢٣٧	٧٥ - النصوص القانونية في تأجير العقار والتعجيل بالأجرة أو تحويلها

صفحة	فقرة
٢٣٨	٧٦ - تأجير العقار المرهون
٢٤٢	٧٧ - تعجيل الأجرة أو تحويلها
٢٤٤	٧٨ - بيع الثمار قبل جنبها
٢٤٧	المطلب الثالث: سلطة الراهن في التصرف
٢٤٧	٧٩ - تقييدها بعدم الاضرار بالدائن المرتهن
٢٤٨	٨٠ - التصرفات التي لا تثير من طبيعة العقار
٢٥٠	٨١ - التصرفات التي تنقص من الكيان المادي للعقار
٢٥١	٨٢ - التصرفات الواردة على منقولات بحسب المآل
٢٥٣	وقوع التصرف في تاريخ سابق على الرهن
٢٥٧	وقوع التصرف بعد تقرير الرهن
٢٥٨	٨٣ - العقارات بالتخصيص
٢٦٢	٨٤ - تواطؤ الراهن مع الغير بقصد الاضرار بالدائن المرتهن
٢٦٧	المبحث الثاني: الأفضلية
٢٦٧	٨٥ - الأفضلية سلطة أساسية تلازم الحق العيني التبعي
٢٦٨	٨٦ - مركز الكفيل العيني في التنفيذ على العقار المرهون
٢٧٠	« كيف تتم الإجراءات في مواجهته »
٢٧٣	٨٧ - شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء
٢٧٤	٨٨ - شرط البيع بلا إجراءات
٢٧٥	٨٩ - تقسيم
٢٧٦	المطلب الأول: وعاء الأفضلية
٢٧٦	٩٠ - النص القانوني - الصياغة المقترحة لمضمون الأفضلية
٢٧٧	٩١ - ثمن العقار - امتداد الأفضلية إلى ملحقات العقار - إحالة
	٩٢ - تراحم حق الدائن المرتهن مع حق امتياز بائع المنقولات المخصصة
٢٧٨	لخدمة العقار
	٩٣ - المال الذي حل محل العقار - حكم عام يسرى على كافة الحقوق العينية
٢٨٣	التبعية
	٩٤ - تأصيل حكم المادة ١٠٥٦ - الدائن المرتهن يباشر الأفضلية على
٢٨٤	المقابل النقدي للعقار

صفحة	فقرة
٢٨٧	٩٥ - كيف يستفيد الدائن المرتهن من حقه على المقابل النقدي
٢٨٨	عوض التأمين
٢٨٩	التعويض عن المسئولية
٢٩٠	التعويض المقابل لنزع الملكية للمنفعة العامة
٢٩٢	المطلب الثاني: نطاق الأفضلية
٢٩٢	٩٦ - المفصود بنطاق الأفضلية - النص القانوني
٢٩٢	٩٧ - نطاق الأفضلية يتضمن أولاً أصل الدين
٢٩٣	الديون الشرطية والاحتمالية والمستقبلية
٢٩٦	الإيراد المرتب مدى الحياة
٢٩٧	٩٨ - نطاق الأفضلية يتضمن طائفة معينة من المصروفات
٢٩٨	٩٩ - تحديد الفوائد التي تدخل في نطاق الأفضلية
٣٠١	المطلب الثالث: التزام على الأفضلية
٣٠١	١٠٠ - المبدأ العام - العبرة بالأسبقية في القيد - الحد من إطلاق المبدأ
٣٠٢	١٠١ - التزام بين الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً
٣٠٣	١٠٢ - التزام بين الدائن المرتهن رهناً رسمياً والدائن المزود بامتياز عام
٣٠٣	١٠٣ - التزام بين الدائن المرتهن رهناً رسمياً والدائن المزود بتأمين عقارى
٣٠٤	خاص
٣٠٦	المطلب الرابع: بعض اتفاقات تتعلق بالأفضلية
٣٠٦	١٠٤ - صور الاتفاقات التي تتناول الأفضلية
٣٠٨	١٠٥ - التنازل عن مرتبة الرهن - النص القانوني
٣١١	المبحث الثالث: التبعية
٣١١	١٠٦ - سلطة الدائن المرتهن في التبعية أثر الحق العيني التبعية - تقسيم
٣١٢	المطلب الأول: نشأة التبعية
٣١٢	١٠٧ - كيف ينشأ التبعية - الدلالة الاصطلاحية لتعبير حائز العقار المرهون
٣١٣	١٠٨ - تأصيل مركز الحائز - رفض نظرية الالتزام العيني - التنفيذ على العقار أثر للحق العيني التبعية
٣١٤	١٠٩ - الشروط الواجب توافرها في حائز العقار المرهون
٣٢١	المطلب الثاني: مباشرة التبعية

صفحة	فقرة
٣٢١ ^٦	١١٠ - سلطة الخائن في الاستغلال والتصرف
٣٢٥	١١١ - الإجراءات الخاصة لمباشرة التتبع في مواجهة الخائن
٣٢٨	١١٢ - تمسك الخائن بالدفع المؤدية إلى انكار حق الدائن في التتبع
٣٢٩	الدفع المتصلة بسريان الرهن على الخائن
٣٣٠	الدفع المتصلة بوجود الالتزام وسلامته
٣٣١	١١٣ - الوسائل القانونية التي هيأها المشرع للخائن إذا باشر الدائن التتبع
٣٣٣	١١٤ - قضاء الديون
٣٣٤	التطهير الفعلي
٣٣٥	أحوال يلتزم فيها الخائن بقضاء الديون
٣٣٨	رجوع الخائن على المدين أو المالك السابق للعقار
٣٣٨	«الدعوة الشخصية - دعوى الحلول - دعوى الضمان»
٣٤٣	١١٥ - تطهير العقار
٣٤٣	معنى التطهير
٣٤٤	تقديره
٣٤٥	عدم جوازه من غير الخائن
٣٤٨	الفترة التي يجوز خلالها التطهير
٣٤٨	إجراءات التطهير
٣٤٨	موقف الخائن
٣٥٢	رأى الدائنين في المرض
٣٥٧	١١٦ - تخاية العقار
٣٥٨	من تجوز له التخلية
٣٦٠	إجراءات التخلية
٣٦١	آثار التخلية
٣٦٢	١١٧ - تحميل إجراءات نزع الملكية
٣٦٣	١١٨ - اشتراك الخائن في المزايدة
٣٦٤	رسو المزايدة على الخائن
٣٦٥	رسو المزايدة على غير الخائن
٣٦٩	١١٩ - بعض علاقات قانونية بين الخائن وغيره - رجوعه بما دفعه - إحالة
٣٧٠	علاقة الخائن بالدائن المرتهن
٣٧٠	علاقة الخائن بالراسي عليه المزايدة
٣٧١	علاقة الخائن بالمالك السابق للعقار
٣٧١	علاقة الخائن بالمدين

صفحة	فقرة
٣٧٣	المطلب الثالث: انقضاء التبعية
٣٧٣	١٢٠ - احوال ينقضى فيها التبعية وتبقى الأفضلية
٣٧٥	الفصل الثالث: زوال الرهن الرسمي
٣٧٥	١٢١ - أسباب زوال الرهن الرسمي
٣٧٦	المبحث الأول: زوال الرهن الرسمي بصفة تبعية
٣٧٦	١٢٢ - المبدأ العام - بحث خاص ببعض أسباب انقضاء الالتزام
٣٧٧	١٢٣ - الوفاء مع الحلول
٣٧٨	١٢٤ - التجديد
٣٨٢	١٢٥ - الوفاء بمقابل
٣٨٣	١٢٦ - المقاصة
٣٨٦	المبحث الثاني: زوال الرهن الرسمي بصفة أصلية
٣٨٦	١٢٧ - تمدد أسباب زوال الرهن بصفة أصلية
٣٨٦	١٢٨ - التنازل عن الرهن
٣٨٧	١٢٩ - هلاك العقار
٣٨٩	١٣٠ - تطهير العقار
٣٩٢	١٣١ - تملك الدائن للعقار المرهون
٣٩٢	١٣٢ - الرهن لا يزول في القانون المصري بالتقادم

الباب الثاني

حق الاختصاص

٣٩٥	١٣٣ - تعريف الاختصاص - اكتساب الحق العيني التبعي بأمر القاضي
٣٩٦	١٣٤ - تقدير نظام الاختصاص - تعارض الاتجاهات
٤٠٠	١٣٥ - تقسيم وأحوال
٤٠١	الفصل الأول: إنشاء الاختصاص
٤٠١	١٣٦ - الاختصاص يلشأ بأمر القاضي ، وينفذ في مواجهة الغير بالقييد

صفحة	فقرة
٤٠٣	المبحث الأول: الشروط الموضوعية لتقرير الاختصاص
٤٠٣	١٣٧ - تعدد الشروط
٤٠٤	أولاً - الدائن طالب الاختصاص
٤٠٤	١٣٨ - يجب أن يكون الدائن حسن النية
٤٠٦	ثانياً - الحكم الذي يتقرر الاختصاص بمقتضاه
٤٠٦	١٣٩ - شروط الحكم
٤٠٦	١٤٠ - صدور الحكم من جهة لها ولاية القضاء
٤٠٧	محاضر الجلسات المثبتة للصالح
٤٠٨	الحكم الصادر من محكمة أجنبية
٤٠٩	قرارات المحكمين
٤٠٩	١٤١ - يجب أن يكون الحكم واجب النفاذ
	١٤٢ - يجب أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى وملزماً للمدين
٤١٢	بشيء معين
٤١٣	الحكم الصادر بصحة التوقيع
٤١٤	الحكم الصادر بتقديم حساب
٤١٥	ثالثاً - محل الاختصاص
٤١٥	١٤٣ - محل الاختصاص عقار أو عقارات معينة بالذات مملوكة للمدين
٤١٧	رابعاً - الحالات التي يمتنع فيها تقرير الاختصاص
٤١٧	١٤٤ - تسجيل صحيفة دعوى الاعسار
٤١٩	١٤٥ - وفاة الدين
٤٢٢	المبحث الثاني: الاجراءات الواجبة لتقرير الاختصاص
٤٢٢	١٤٦ - الاختصاص يتقرر بأمر القاضي بمقتضى سلطته الولاية
٤٢٣	١٤٧ - الخطوات التي يجب اتباعها لتقرير الاختصاص
	١٤٨ - تقدم الدائن بعريضة تتضمن بيانات معينة إلى رئيس المحكمة الابتدائية
٤٢٣	المختصة
٤٢٥	١٤٩ - الاختصاص يتقرر بأمر من رئيس المحكمة - سلطته في هذا الشأن
٤٢٥	١٥٠ - واجبات قلم الكتاب بعد صدور الأمر بالاختصاص
٤٢٦	١٥١ - تظلم المدين من الأمر - تحديد مصير الاختصاص
٤٢٨	الفصل الثاني: آثار الاختصاص
٤٢٨	١٥٢ - إحالة إلى أحكام الرهن الرسمي

صفحة	فقرة
٤٢٩	١٥٣ - الخروج عن مبدأ الأسبقية في القيد بالنسبة للدائن سبب النية ...
٤٢٩	١٥٤ - الاختصاص لا يؤدي وظيفة ائتمانية
٤٣١	الفصل الثالث : انقضاء الاختصاص وانقاصه
	١٥٥ - الاختصاص ينتفى بأسباب انقضاء الرهن الرسمي أو بإلغاء الحكم
٤٣١	الذي تقرر بمقتضاه
٤٣٢	١٥٦ - انقاص الاختصاص

الباب الثالث

الرهن الحيازي

٤٣٤	١٥٧ - تعريف الرهن الحيازي
٤٣٥	١٥٨ - نظرة عامة على الرهن الرسمي والحيازي
٤٣٨	١٥٩ - خصائص الحق الذي يتقرر للدائن المرتهن رهنًا حيازيًا
٤٤٠	١٦٠ - تقسيم
٤٤٢	الفصل الأول : انشاء الرهن الحيازي
٤٤٢	١٦١ - تعدد الأحكام الواجب توافرها لانشاء الرهن الحيازي
٤٤٢	المبحث الأول : انشاء الرهن الحيازي بين الدائن والراهن
٤٤٢	١٦٢ - الرهن الحيازي يخضع للقواعد العامة في رضائية العقود
٤٤٣	أولاً - الراهن
٤٤٣	١٦٣ - يجب أن يكون أهلاً للتصرف - مالكاً للمال المرهون
٤٤٤	١٦٤ - رهن ملك الغير - اصطدام احكامه بجملة المنقول بحسن النية
٤٥٠	١٦٥ - يجوز أن تكون ملكية الراهن معلقة على شرط
	١٦٦ - مدى انطباق الحماية الخاصة بالدائن المرتهن حسن النية المقررة
٤٥١	في م ١٠٣٤
٤٥٤	١٦٧ - حماية الأوضاع الظاهرة - الرهن الحيازي الصادر من مالك ظاهر
٤٥٥	١٦٨ - حكم رهن المال المملوك على اليسوع
٤٥٧	١ - الرهن الصادر من جميع الشركاء
٤٦٠	٢ - رهن الحصة الشائعة
٤٦٣	تعلق حق الدائن بالمقابل النقدي المستحق للشريك الراهن

صفحة	فقرة
٤٦٤	ثانيا - المال المرهون :
٤٦٤	١٦٩ - تنوع الأموال القابلة للرهن الحيازي
٤٦٥	العقارات
٤٦٦	المنقولات
٤٦٧	المنقولات المادية
٤٦٨	المنقولات المعنوية
٤٧١	١٧٠ - ملحقات المال المرهون
٤٧١	١٧١ - تخصيص الرهن من حيث المال المرهون
٤٧٣	ثالثا - الالتزام المضمون :
٤٧٣	١٧٢ - خضوع الالتزام لمبدأ تخصيص الرهن - احالة بشأن الديون الاحتمالية
٤٧٥	المبحث الثاني : سريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير
٤٧٥	١٧٣ - الدائن يكتسب حقاً عينياً تبيناً بمجرد التعاقد إذا ورد الرهن على شيء مادي معين بالذات
٤٧٥	١٧٤ - وجوب انتقال الحيازة لسريان الرهن ، مع توافر شروط خاصة وفقاً لطبيعة المال
٤٨١	المطلب الأول الحيازة حكم عام لسريان الرهن
٤٨١	١٧٥ - الحيازة حكم عام لسريان الرهن - النص القانوني
٤٨٢	١٧٦ - انتقال الحيازة ، جواز الحيازة بواسطة «عدل»
٤٨٣	١٧٧ - تكييف مركز الدائن المرتهن - اقتران الحيازة القانونية بالحيازة العرضية
٤٨٥	١٧٨ - الشروط الواجب توافرها في الحيازة
٤٨٦	١ - ظهور الحيازة
٤٨٨	٢ - استمرار الحيازة
٤٨٩	سلب الحيازة
٤٩١	١٧٩ - الاتجاه الحديث في القانون المقارن إلى إقرار نظم الرهن المنقولات مع احتفاظ الراهن بحيازتها
٤٩٣	المطلب الثاني : الأحكام الخاصة بسريان الرهن على الغير
٤٩٣	١٨٠ - اختلاف الأحكام الخاصة حسب طبيعة المال المرهون
٤٩٤	١٨١ - رهن العقار

صفحة	فقرة
٤٩٥	١٨٢ - رهن المنقولات المادية
٤٩٧	١٨٣ - رهن المنقولات المعنوية
٥٠١	الفصل الثاني: آثار الرهن الحيازي
٥٠١	١٨٤ - تقسيم
٥٠٢	المبحث الأول : علاقة الدائن المرتهن بالرهن
٥٠٢	١٨٥ - تبادل التزامات الرادن والدائن المرتهن
٥٠٣	المطلب الأول : التزامات الرادن
٥٠٤	١٨٦ - التزام بتسليم المال المرهون
٥٠٦	١٨٧ - الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه
٥٠٩	١٨٨ - الالتزام بضمان هلاك المال المرهون أو تلفه
٥١١	المطلب الثاني: التزامات الدائن المرتهن
٥١١	١٨٩ - الالتزام بحفظ المال المرهون وصيافته
٥١٤	١٩٠ - الالتزام بإدارة المال المرهون واستثماره
٥١٤	إدارة المال المرهون - الدائن المرتهن حائز قانوني
٥٢٠	مسئولية الدائن في استثمار المال المرهون أو استعماله
٥٢١	خصم الدين من غاة الاستثمار أو القيمة النقدية للاستعمال
٥٢٣	حكم الاتفاق على تخصيص الغلة مقابل الفوائد
٥٢٥	أثر انقضاء الرهن على مدة الإيجار ورد الثمار
٥٢٨	١٩١ - التزام الدائن برد المال المرهون
٥٣١	الوسيلة القانونية للمطالبة برد المال المرهون
٥٣٣	المبحث الثاني : السلطات التي يخولها الرهن في مواجهة الغير
٥٣٣	١٩٢ - تعدد السلطات ، أساسها الحق العيني التبعي وتوافر الحيازة للدائن المرتهن
٥٣٣	المطلب الأول: الأفضلية
٥٣٣	١٩٣ - الأفضلية سلطة أساسية في مضمون الحقوق العينية التبعية
٥٣٤	١٩٤ - الطريقة العادية لمباشرة الأفضلية والحصول على ثمن المال المرهون
١٩٥	- بطلان شرط البيع بلا إجراءات ، وتملك المال المرهون عند عدم الوفاء
٥٣٥	أحكام خاصة بالمنقول

صفحة	فقرة
٥٣٥	بيع المنقول تحت رقابة القضاء
٥٣٧	تملك المال المرهون عند عدم الوفاء
٥٣٨	١٩٦ - اخفاء الرهن الحيازي في صورة بيع وفائي - بطلان هذا البيع في القانون الجديد
٥٤٠	١٩٧ - وعاء الأفضلية
٥٤١	١٩٨ - نطاق الأفضلية
٥٤٢	١٩٩ - التزام على الأفضلية
٥٤٥	المطلب الثاني: التتبع ٢٠٠ - تقييد سلطة التتبع في رهن المنقول - حكم تتبع العقار ...
٥٤٨	المطلب الثالث: الحبس
٥٤٨	٢٠١ - الحبس المترتب على الرهن الحيازي
٥٥١	٢٠٢ - مدى اتصاله بالحبس المقرر طبقاً للقواعد العامة
٥٥٢	صور تداخل الحقيين
٥٥٤	المبحث الثالث: آثار الرهن المديون
٥٥٤	٢٠٣ - الدائن المرتهن لا يكتسب حقاً عينياً في رهن الدين
	٢٠٤ - رهن الدين يخضع للأحكام العامة في نشأة حوالة الحق وسريانها على النير
٥٥٦	٢٠٥ - الدفع التي يجوز للمدين بالالتزام المرهون أن يتمسك بها ...
٥٥٧	٢٠٦ - آثار رهن الديون
٥٥٨	حلول الدين المرهون قبل استحقاق الدين المضمون
٥٦٠	تعاصر استحقاق أداء الدين المضمون والدين المرهون
٥٦١	الفصل الثالث: زوال الرهن الحيازي
٥٦١	٢٠٧ - زوال الرهن الحيازي بصفة تبعية - إحالة - حكم خاص بالتقادم
٥٦٢	٢٠٨ - زوال الرهن الحيازي بصفة أصيلة
٥٦٢	التنازل عن الرهن
٥٦٣	زوال الرهن بالبيع الجبري
٥٦٤	التطهير الاختياري للعقار
٥٦٤	إحالة بالنسبة لبعض أسباب زوال الرهن

الباب الرابع

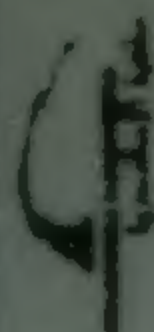
حقوق الامتياز

٢٠٩ -	تمهيد وتقسيم	٥٦٥
	الفصل الأول : الأسس العامة في حقوق الامتياز	٥٦٦
٢١٠ -	المعيار المختار للحق العيني التبعي لا يصدق على الامتيازات العامة	٥٦٦
٢١١ -	تعريف الامتياز	٥٦٨
٢١٢ -	أساس تقرير حقوق الامتياز	٥٦٩
٢١٣ -	الامتياز ضمان قانوني يحتكر المشرع تقريره	٥٧١
٢١٤ -	حقوق الامتياز بين التخصيص والتعميم	٥٧١
٢١٥ -	اختلاف احكام حقوق الامتياز بحسب أنواعها	٥٧٣
	حقوق الامتياز العامة	٥٧٤
	حقوق الامتياز الخاصة المنقولة	٥٧٧
	حقوق الامتياز الخاصة العقارية	٥٨٠
٢١٦ -	الامتياز يتقرر على المقابل التقدي للمال المحمل به	٥٨١
٢١٧ -	تحديد مرتبة الامتياز	٥٨٢
٢١٨ -	انقضاء الامتياز	٥٨٤
	الفصل الثاني : الأحكام الخاصة بكل امتياز	٥٨٦
٢١٩ -	قصر الدراسة على امتيازات التقنين المدني ، إشارة لأهم الامتيازات	
٥٨٧	المقررة في قوانين خاصة	
٢٢٠ -	الامتياز على الدين	٥٨٨
٢٢١ -	تقسيم	٥٨٩
	المبحث الأول : الامتيازات ذات الوعاء المتغير	٥٩٠
٢٢٢ -	المقصود بالوعاء المتغير	٥٩٠
٢٢٣ -	امتياز المصروفات القضائية	٥٩٠
٥٩١	الديون الممتازة	
٥٩٢	محل الامتياز	
٥٩٣	مرتبة الامتياز	
٢٢٤ -	امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة	٥٩٣

صفحة	فقرة
٥٩٤	حكمة الامتياز ونطاقه
٥٩٤	وعاء الامتياز
٥٩٥	مرتبة الامتياز وما يكفله من سلطات
٥٩٦	الامتياز العقارى
٥٩٦	الامتياز الوارد على منقولات
٥٩٧	الامتياز العام
٥٩٨	٢٢٥ - اشارة لأهم الأحكام الواردة فى قوانين الضرائب
٦٠٢	المبحث الثانى : الامتيازات العامة
٦٠٢	٢٢٦ - طبيعة الامتياز العام - احالة
٦٠٢	٢٢٧ - أساس تقرير الامتياز العام
٦٠٣	٢٢٨ - النص القانونى
٦٠٤	٢٢٩ - وعاء الامتياز العام
٦٠٥	٢٣٠ - مرتبة الامتياز العام
٦٠٦	٢٣١ - امتياز الإجراء
٦٠٦	نطاق الامتياز من حيث الأشخاص
٦٠٨	الدين الممتاز
٦١٠	الامتياز المقرر فى قانون العمل
٦١٢	٢٣٢ - امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكول والملبس
٦١٣	٢٣٣ - امتياز النفقة المستحقة للأقارب
٦١٤	المبحث الثالث : الامتيازات الخاصة المنقولة
٦١٤	٢٣٤ - تقسيم واحالة
٦١٥	٢٣٥ - امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه
٦١٥	نطاق الأفضلية
٦١٦	وعاء الأفضلية
٦١٦	مرتبة الامتياز
٦١٩	٢٣٦ - امتياز مصروفات الزراعة ومقابل الآلات الزراعية
٦٢٠	امتياز مصروفات الزراعة
٦٢١	امتياز الآلات الزراعية
٦٢٣	امتياز بنك التسليف الزراعى والتعاونى
٦٢٤	٢٣٧ - امتياز مؤجر العقار
٦٢٦	نطاق الأفضلية
٦٢٨	وعاء الأفضلية

صفحة	فقرة
٦٣٠	حكم المنقولات المملوكة لغير المستأجر
٦٣٢	الوسائل القانونية لحماية امتياز المؤجر
٦٣٤	مرتبة الامتياز
٦٣٧	٢٣٨ - امتياز صاحب الفندق
٦٣٨	نطاق الأفضلية
٦٣٨	وعاء الأفضلية
٦٤٠	مرتبة الامتياز
٦٤٠	٢٣٩ - امتياز بائع المنقول
٦٤٢	نطاق الأفضلية
٦٤٢	وعاء الأفضلية
٦٤٣	مرتبة الامتياز
٦٤٤	اصطلاح امتياز البائع بحقوق الغير حسن النية
٦٤٥	٢٤٠ - امتياز متقاسم المنقول
٦٤٧	المبحث الرابع : الامتيازات العقارية الخاصة
٦٤٧	٢٤١ - احوالة إلى أحكام الرهن الرسمي
٦٤٧	٢٤٢ - مرتبة الامتياز العقاري
٦٤٨	٢٤٣ - امتياز بائع العقار
٦٤٩	نطاق الأفضلية
٦٥٠	وعاء الأفضلية
٦٥٠	مرتبة الامتياز
٦٥٠	٢٤٤ - امتياز المقاول والمهندس المعماري
٦٥١	نطاق الأفضلية
٦٥١	وعاء الأفضلية
٦٥٢	مرتبة الامتياز
٦٥٣	٢٤٥ - امتياز المتقاسم في العقار
	نطاق الأفضلية ، ووعاؤها ، ومرتبة الامتياز
٦٥٥	٢٤٦ - امتياز القرض الذي يمنحه اتحاد ملاك الطبقات

Bibliotheca Alexandrina



0647984